

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS – CCSO
CURSO DE DIREITO

TÁLITY MAKERLY SOUSA DE OLIVEIRA

CASAMENTO INFANTIL: uma análise do suprimento judicial de idade para casamento em
razão de gravidez e o estupro de vulnerável

SÃO LUÍS – MA
2017

TÁLITY MAKERLY SOUSA DE OLIVEIRA

CASAMENTO INFANTIL: uma análise do suprimento judicial de idade para casamento em razão de gravidez e o estupro de vulnerável

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

São Luís – MA
2017

TÁLITY MAKERLY SOUSA DE OLIVEIRA

CASAMENTO INFANTIL: uma análise do suprimento judicial de idade para casamento em razão de gravidez e o estupro de vulnerável

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em São Luís: ____/____/____

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
Orientador

1º Examinador

2º Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus, que guia meus caminhos, inspiração e origem da coragem, ânimo e equilíbrio necessários à difícil jornada da vida.

Aos meus pais, Enivalda e Rogério, por todo amor que sempre me deram. Mãe, por toda minha existência levarei seu exemplo de superação, mulher forte e guerreira, que teimou em terminar curso superior a despeito de toda a dificuldade de cuidar de três crianças. Hoje somos duas moças e um rapaz, e você linda mãe geógrafa e administradora pública, nosso orgulho! Meu pai, sei que sua labuta diária é para nos dar a vida que o senhor não teve quando foi criança e jovem, por isso aproveito cada oportunidade para ser uma pessoa melhor, sua menina veio do interior estudar na capital, jamais poderia fazê-lo sozinha, obrigada!

À minha querida irmã Sônia, pela solicitude em me ajudar sempre que precisei. Ao meu irmão Vinícius, apesar das brigas, é meu amigo e parceiro para todos os momentos. À doce Gyovanna, sei que terás um futuro brilhante pela frente, estarei ao teu lado. Amo vocês.

Aos meus avós, tenho seis, sou extremamente sortuda! Obrigada pelo carinho, pelos ensinamentos e amor. Especialmente, à vovó Iza, que me acompanhou de perto desde que eu abri os olhos para o mundo, ele tem muitas coisas boas, mas nenhuma se compara ao seu café e beiju numa tarde com você ao meu lado.

Aos meus primos e primas, pelas risadas e brincadeiras no quintal de casa! Com vocês aprendi o sentido da amizade e igualdade. Especialmente, à querida Ana Iza, absolutamente maluca, meu carinho por ti é indescritível, que bom estarmos tão próximas.

Aos meus tios e tias, pelos almoços de domingo, temperados com muito amor e gargalhadas, sempre! Entristeço-me quando não participo das nossas festanças, mas guardo vocês com muito carinho no meu coração. Especialmente à tia Eloisa, por todo cuidado que sempre teve comigo.

Aos meus amigos de infância, principalmente, Tércia Dionara, hoje linda e competente farmacêutica, obrigada por existir em minha vida.

Aos amigos da minha cidade, Santa Luzia, pelas tardes de filmes, pipoca, música e afetividade. Sobretudo à Vivi, perdoe minhas ausências, você é muito importante para mim.

Aos meus amigos do Ensino Médio no IFMA, Paulo Vinícius (Bala), Rita, Manú, Romário, Juninho e Ageu. Especialmente, à querida Klenda, aquela com quem compartilhei as minhas mais profundas angústias e vivi os mais felizes momentos, com você aprendi a baixar os escudos e confiar na amizade verdadeira, eu te amo muito.

Aos primeiros amigos que fiz na capital, Gustavo e Jonah, vocês me ensinaram que o mundo pode dar mil voltas, mas a amizade sincera persiste e resiste.

À Janaina, pela companhia, carinho e apoio. Um brinde aos reencontros!

Aos meus amigos da UFMA, aprendi muito com a diversidade da nossa turma, conheci pessoas que me inspiraram a sempre buscar o ideal de justiça. Em especial, à Glenda Moreira, amiga que levarei para a vida, por compartilhar aflições e incertezas de um futuro tão próximo, pela boa companhia e conversa, por se questionar junto a mim e acompanhar este processo monográfico até a última linha (e lágrimas), apontando aquilo que não pude ver.

Ao Centro Acadêmico I de Maio (CAIM) e aos fagulhas! Pelas lutas diárias por uma Universidade melhor.

A todos os meus professores. Especialmente, aos meus queridos mestres do IFMA, *Campus* Santa Inês, Elinaldo, Francílio, Vicente Juciê, Adroaldo, Vinícius Bezerra, Simone, Jadson, Saulo e tantos outros, sem o comprometimento de vocês, eu não estaria aqui. Alguns, amigos mais próximos, que acompanham e apoiam minha ousada jornada.

Ao eterno mestre Cássius Chai, pela contribuição inestimável na minha caminhada acadêmica, por ser fonte de inspiração, exemplo de ser humano, com você aprendi enxergar o outro sempre com atenção, dedicação e respeito, pois nunca sabemos as batalhas internas que cada pessoa vence diariamente para estampar um sorriso no rosto. Muito obrigada!

Aos defensores públicos do Maranhão, pelo respeito com que fui tratada e pela gentileza de responderem aos meus questionamentos (são muitos). Especialmente aos meus supervisores, Poliana e Rairom, nos quais observei a dedicação e compromisso diário no exercício de suas profissões, de vocês, sempre levarei muito aprendizado, não só jurídico, mas de ensinamentos de vida.

“Desconfiai do mais trivial, na aparência
singelo.

E examinai, sobretudo, o que parece habitual.
Suplicamos expressamente: não aceiteis o que
é de hábito como coisa natural, pois em tempo
de desordem sangrenta, de confusão
organizada, de arbitrariedade consciente, de
humanidade desumanizada, nada deve parecer
natural nada deve parecer impossível de mudar”
Bertolt Brecht

RESUMO

A inadequação constitucional da autorização para o casamento infantil é analisada no presente estudo, considerando que o suprimento judicial de idade em razão da gravidez, previsto no artigo 1.520 do Código Civil de 2002 não pode ser deferido em se tratando de menina menor de 14 anos, pois o Código Penal de 1940, alterado pela Lei nº 12.015 de 2009, prevê o crime de estupro de vulnerável em seu artigo 217-A, estabelecendo dever geral de abstenção da conduta de ter conjunção carnal ou realizar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Utiliza abordagem social e jurídica sobre o tema, por meio da pesquisa bibliográfica, doutrina civil e penal e jurisprudência brasileira, notadamente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – este possui entendimento sumulado no sentido de que o estupro de vulnerável se caracteriza independentemente do consentimento da vítima, de relação sexual anterior ou de relacionamento amoroso com o agente (Enunciado nº 593 do STJ) – bem como normas nacionais e internacionais de proteção à criança. Realiza exercício hermenêutico e aplica critérios de solução de antinomias. Conclui que não é possível o suprimento judicial de idade de menina menor de 14 anos, em razão da aplicação do critério cronológico - pois a redação do crime de estupro de vulnerável é mais recente que a redação do suprimento judicial de idade em razão da gravidez - da perspectiva do Direito como integridade de Ronald Dworkin, como ordenamento jurídico e sistema coerente que não aceita antinomias de Norberto Bobbio e da teoria do direito em sua tridimensionalidade de Miguel Reale.

Palavras-chave: Casamento Infantil. Suprimento Judicial. Estupro de Vulnerável. Antinomia. Hermenêutica.

ABSTRACT

The constitutional inadequacy of the authorization for child marriage is analyzed in the present study, considering that the judicial supply of age due to pregnancy, provided in the article 1,520 of the 2002's Civil Code can not be granted in the case of a girl under 14 years old, Published in the Penal Document of 1940, amended by Law No. 12,015 of 2009, provides for the crime of vulnerability rape in its article 217-A, and must refrain from abstention from the conduct of having a carnal conjunction or performing another act of libidinous under the age of 14. The use of social and legal issues on the subject, through bibliographic research, civil and criminal doctrine and Brazilian jurisprudence, notably, the position of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice (STJ) - this has a summary in the sense that It is prohibited to divulge copyrights, previous sexual relations or relationships with the agent (Statement No. 593 of STJ) - as well as national and international standards for child protection. It performs hermeneutic exercise and applications of solutions of antinomies. It concludes that it is not possible to obtain a judicial supply of a girl under the age of 14, due to the application of the chronological criterion - since the wording of the crime of rape of vulnerability is more recent than the drafting of the judicial supply of age due to pregnancy - from the Law's perspective of Ronald Dworkin's integrity, as a legal order and coherent system that does not accept Norbert Bobbio's antinomies and the theory of law in his three-dimensionality of Miguel Reale.

Keywords: Child Marriage. Judicial Supply. Rape of Vulnerable. Antinomy. Hermeneutics.

LISTA DE SIGLAS

CJF	Conselho da Justiça Federal
CPMI	Comissão Parlamentar Mista de Inquérito
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
ONUBR	Organização das Nações Unidas no Brasil
OHCHR	<i>Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UNFPA	Fundo de População das Nações Unidas

LISTA DE ABREVIATURAS

art.	artigo
et al.	e outros
coord.	coordenador
CC/02	Código Civil de 2002
CP/40	Código Penal de 1940
CPC	Código de Processo Civil
Org.	Organizador

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ABORDAGEM SOCIAL QUANTO AO INSTITUTO DO CASAMENTO.....	12
2.1 Esforço histórico.....	12
2.2 Casamento e sexualidade feminina.....	18
2.3 Casamento infantil: onde? Como? Por quê?.....	24
3 ABORDAGEM JURÍDICA QUANTO AO CASAMENTO INFANTIL E AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	29
3.1 Exceções à idade núbil:	29
3.2 Estupro de vulnerável	35
3.2.1 Alterações legislativas até o advento da Lei nº 12.015/2009	36
3.2.2 Natureza jurídica da vulnerabilidade <i>versus</i> objetividade fática	45
4 IMPOSSIBILIDADE DO SUPRIMENTO JUDICIAL DE IDADE EM RAZÃO DA GRAVIDEZ DE MENINA MENOR DE 14 ANOS	56
4.1 Os direitos das crianças	56
4.2 Exercício hermenêutico.....	59
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS.....	75
ANEXO A.....	81

1 INTRODUÇÃO

O Brasil ocupa o *ranking* de quarto lugar do mundo em números absolutos de mulheres casadas com a idade de até 15 anos, sendo que 11% das meninas entre 20 e 24 anos (cerca de 887 mil mulheres) casaram-se até os 15 anos. Este país também o quarto em números absolutos de meninas casadas com idade inferior a 18 anos, cerca de 3 milhões de mulheres com idades entre 20 e 24 anos casaram antes de 18 anos (36% do total de meninas casadas nessa mesma faixa etária) – segundo dados da Promundo em parceria com a Plan International Brasil (no Maranhão) e a Universidade Federal do Pará, na pesquisa intitulada “Ela vai no meu barco: Casamento na infância e adolescência no Brasil” (TAYLOR et al., 2015).

De acordo com o estudo, a gravidez é ao mesmo tempo causa e efeito do casamento infantil: enquanto causa está relacionada ao desejo, geralmente de um dos familiares da menina, em razão de gravidez não planejada e sob o argumento de proteger a reputação da menina/família e de o homem assumir a responsabilidade pela menina e pelo futuro filho; enquanto consequência, a gravidez precoce é comum entre meninas casadas e geram subsequentes problemas de saúde maternal, neonatal, infantil e aumento do risco de morte a ela relacionado.

No Maranhão também existem dados significativos de casamento na infância e adolescência, apesar de a maioria dessas relações ser informal, caracterizando, em regra, uniões estáveis. No censo realizado em 2010 pelo IBGE, foi constatado que 4.428 meninas entre 10 e 14 anos encontravam-se em algum tipo de união marital. Ademais, o Maranhão é o segundo estado do Nordeste com maior quantidade de meninas grávidas até os 17 anos, proporcionalmente à quantidade de partos. Conforme dados do IBGE, das 107.609 mulheres que residiam no Maranhão e tiveram filhos em 2015, 13.184 delas não tinham 18 anos, o que representa 12,3% do número de mães no referido ano (OLIVEIRA, 2017).

Diante desse assustador panorama, tendo em vista que o casamento e gravidez precoces afetam mais direta e frequentemente o gênero feminino, bem como em razão da carência de trabalhos específicos sobre casamento infantil no Brasil e das alterações na legislação penal, especialmente a inclusão do crime de estupro de vulnerável no artigo 217-A do Código Penal, propõe-se a reflexão sobre o seguinte problema: considerando que o artigo 1.520 do Código Civil/2002 não estabelece idade mínima para o enlace matrimonial de meninas que engravidam, seria possível o suprimento judicial de idade para casamento de crianças menores de 14 anos?

Explica-se que o título do presente trabalho monográfico utiliza o conceito de “criança” presente no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, que afirma ser criança todo ser humano menor de idade. Assim, em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecer em seu artigo 2º que criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente é a pessoa entre doze e dezoito anos, o termo casamento infantil será utilizado para relação matrimonial de meninas abaixo de 18 (dezoito) anos, ressalvando-se que o objeto deste trabalho trata especificamente acerca do casamento de meninas com menos de 14 anos.

Esta monografia adotou fundamentalmente a pesquisa bibliográfica e documental, baseada em leituras, compreensão e interpretação de livros e artigos científicos, além da análise processual jurídica das decisões dos Tribunais Superiores, principalmente do Superior Tribunal de Justiça. A ideia inicial foi também analisar qualitativamente as sentenças do Terno Judiciário sede da Comarca da Ilha de São Luís nos últimos 2 anos, entretanto, não foi possível pois a Corregedoria Geral de Justiça não respondeu ao Ofício nº 05/2017 – CODT/CCSo (Coordenadoria do Curso de Direito / Centro de Ciências Sociais) protocolado em 11 de setembro de 2017 – ANEXO A.

No primeiro capítulo, abordam-se os aspectos sociais relacionados ao casamento infantil. Inicialmente, faz-se um breve histórico do casamento como a instituição que se conhece hodiernamente, na família patriarcal monogâmica e matrimonializada. Logo após, uma reflexão sobre o casamento e o exercício da sexualidade feminina e em que medida tais elementos distanciaram-se ao longo da história. Por fim, aprofunda-se o debate acerca de quais as causas e consequências do matrimônio na vida de crianças, de que forma eles acontecem e onde são mais comuns.

No segundo capítulo, apresenta-se uma análise jurídica pormenorizada do problema proposto. Primeiro, no âmbito cível, discutindo-se acerca das hipóteses de exceção à idade núbil. Segundo, no âmbito penal, as alterações legislativas até o advento da Lei nº 12.015/2009, que inseriu o crime de estupro de vulnerável no artigo 217-A do Código Penal de 1940 (CP/40), proibindo a ação de ter conjunção carnal ou realizar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Fala-se da natureza jurídica da extinta presunção de violência e do debate doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza da vulnerabilidade ou da objetividade fática do artigo 217-A do Código Penal, prevalece o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual o consentimento da vítima, relação sexual anterior ou relacionamento amoroso com o agente são irrelevantes para caracterizar o estupro – Enunciado nº 593 da Súmula do STJ.

No terceiro e último capítulo fez-se um exercício hermenêutico que confirmou a hipótese de que não é possível o suprimento judicial de idade em razão da gravidez de menina com 13 anos ou menos, pois, conforme a teoria de Norberto Bobbio, o direito como ordenamento e sistema jurídico não comporta antinomias, dessa forma, aplicou-se o critério cronológico, pois o Código Penal de 1940, alterado pela Lei 12.015 de 2009, incluiu o crime de estupro de vulnerável em seu artigo 217-A, redação mais recente que a hipótese de suprimento judicial de idade em razão da gravidez prevista na redação original do Código Civil de 2002.

Da mesma forma, utilizou-se a teoria da tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale: fato, valor e norma. Fato concreto existente no mundo real, valor de justiça e norma – Direito como ciência e ordenamento jurídico. A hermenêutica estrutural de Reale propõe a interpretação a partir da compreensão da plenitude dos fins sociais da lei, nesse sentido, o projeto que desembocou na alteração dos crimes contra a dignidade sexual teve como objetivo a superação da discussão acerca da presunção de violência.

Destarte, a absoluta prioridade da criança garantida no art. 227 da Constituição da República de 1988 não permite outra interpretação. O artigo 1.520, na hipótese de suprimento judicial de idade em razão da gravidez de menina com 13 anos de idade ou menos, carece de adequação constitucional, assim como fere os demais direitos das crianças assegurados pelas leis pátrias, especialmente o ECA, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, tais como os princípios da proteção integral e melhor interesse da criança.

Por fim, utilizou-se a teoria do Direito como integridade e comunidade de princípios de Ronald Dworkin, a partir da alegoria do juiz Hércules, no exercício hermenêutico da busca pela única resposta correta, para dirimir questões como o aparente conflito entre o princípio da autonomia da vontade e do melhor interesse da criança. Nessa perspectiva, o magistrado não pode fugir da interpretação dada pela jurisprudência, tampouco pela redação da lei e do histórico de sua criação e agir com arbitrariedade conforme sua conveniência.

2 ABORDAGEM SOCIAL QUANTO AO INSTITUTO DO CASAMENTO

Nem sempre a família possuiu a estrutura que se conhece nos dias atuais, essencialmente monogâmica e patriarcal, da mesma forma, nem sempre o casamento foi visto como instituição social representativa de valor. Nos séculos passados, a virgindade e pureza do corpo eram sinônimos de ascese espiritual, o matrimônio era aceito somente como escape à total perversão sexual fora dos vínculos conjugais.

No Brasil, até a edição da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o casamento era essencialmente religioso, pois a relação matrimonial era indissolúvel. A sociedade brasileira e maranhense, desde o período colonial, investiu midiaticamente na ideia de que o principal objetivo da mulher deveria ser o matrimônio – este tinha a finalidade de pagar o débito conjugal e o propósito da procriação, função na qual era proibida a busca do prazer.

O casamento com crianças, no Brasil, é comum desde o século XVI e continua sendo um grave problema hodiernamente, pois é responsável por privar meninas do acesso à educação, à saúde e ao desenvolvimento e à maturidade da sexualidade, além de representar uma exposição à violência doméstica, notadamente, o estupro marital. Meninas com menos idade tendem a assimilar que o papel principal de suas vidas é atender às expectativas dos maridos. Este capítulo pretende abordar tais aspectos predominantemente sociais do casamento e suas principais consequências na vida de crianças.

2.1 Esforço histórico

Construir um breve histórico do casamento é tratar da origem das relações humanas e sociais desde os povos pré-históricos no desenvolvimento de uma unidade de significação que posteriormente desembocará na família matrimonializada. Friedrich Engels (2014), com base no trabalho desenvolvido por Lewis Henry Morgan, escreveu um livro chamado “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, no qual explicou que cada estágio pré-histórico de cultura está relacionado a uma forma principal de matrimônio. Os principais estágios da evolução humana são três: o estado selvagem, a barbárie e a civilização. Para facilitar a compreensão histórica, Morgan dividiu cada estágio em três fases: inferior, média e superior.

O que caracteriza essencialmente o estado selvagem é a sobrevivência do homem nos bosques tropicais, parcialmente nas árvores; na fase média inicia-se o consumo dos animais aquáticos e o uso do fogo; na fase superior, a elaboração do arco e da flecha permitiu a atividade

de caça como tarefa costumeira. Já o estágio da barbárie, na fase inferior, é caracterizado com a introdução da cerâmica; na fase média, inicia-se a domesticação de animais e o cultivo de plantas, que foi a característica essencial deste período, somada à fundição do minério de ferro, na terceira fase. A civilização, por sua vez, é o estágio onde se desenvolve a escrita alfabética, a maior transformação e elaboração dos produtos naturais pelo homem e o uso da arte, tanto artesã quanto literária (ENGELS, 2014).

As três formas principais de matrimônio são: matrimônio por grupos, matrimônio sindiásmico e a monogamia, esta última, acompanhada de elementos inseparáveis: o adultério e a prostituição. O estado selvagem corresponde, pois, ao matrimônio por grupos; enquanto a barbárie corresponde ao matrimônio sindiásmico e a civilização se relaciona à família monogâmica (ENGELS, 2014).

Engels (2014) explicou o matrimônio por grupos como uma forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres se pertenciam mutuamente, nesse ponto, discorda de Morgan, pois este considera tal forma de relação como comércio sexual promíscuo. Friedrich Engels afirmou que a concepção tradicional dos sistemas de parentesco e formas de família conhecia apenas a monogamia, a poligamia de um homem e talvez a poliandria de uma mulher, mas que tal perspectiva não é a mais correta, pois o estudo da história demonstra a ocorrência do matrimônio por grupos, em que cada filho tinha vários pais e mães:

O estudo da história primitiva revela-nos, em vez disso, um estado de coisas em que homens praticam a poligamia e suas mulheres, a poliandria, e em que, por consequência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É esse estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia. Essas modificações são de tal ordem que o círculo compreendido na união conjugal comum, e que era muito amplo na origem, se estreita pouco a pouco até que, por fim, abrange exclusivamente o casal isolado, que predomina hoje (ENGELS, 2014, p. 37-38).

A família sindiásmica, por sua vez, decorreu da evolução do matrimônio por grupos – que passou pela fase da família consanguínea, na qual houve uma exclusão do matrimônio entre pais e filhos; depois pela família punaluan, na qual se acrescentou a vedação das relações sexuais entre irmãos. As crescentes e significativas vedações ao matrimônio por grupos, somadas ao crescimento da população mais saudável, desembocaram no desenvolvimento da família sindiásmica, na qual o matrimônio se dá apenas entre um homem e uma mulher, porém com a aceitação da poligamia e infidelidade apenas do homem, o adultério praticado pela mulher era cruelmente punido.

Na família sindiásmica, o vínculo conjugal podia ser dissolvido com facilidade e por qualquer pessoa do casal, nesta etapa, a filiação continuava sendo definida pela linhagem materna, ainda que seja exigida a fidelidade do sexo feminino, os filhos pertencem às mães, que constituem as gens regidas pelo direito materno¹, por isso, a mulher era muito considerada e tinha muita força perante o clã e mesmo fora dele.

A passagem da família sindiásmica para a monogâmica decorreu, principalmente, do domínio da domesticação de animais e da criação do gado pelo homem, pois foi nesta fase que o homem começou a produzir mais do que o necessário para sua sobrevivência, ou seja, tais atividades produziram riqueza. Ressalta-se que, nesse período, nas tribos estudadas por Morgan, a mulher era responsável por cuidar das atividades domésticas, dos filhos e confeccionar roupas, tarefa tão importante quanto a do homem, que trazia alimento para a família. A mulher era, pois, dona dos utensílios domésticos e o homem proprietário dos instrumentos confeccionados para a caça.

Ocorre que, a partir da domesticação de animais, a atividade do homem passou a ser socialmente mais importante que a da mulher, pois o homem produzia riqueza que pertencia a *gens*. Entretanto, conforme se ressaltou anteriormente, a descendência era definida pelo direito materno, ou seja, o filho de um homem não continuava na sua gens, iria para a gens da mãe, portanto, não herdava o patrimônio produzido pelo pai. Eis o momento fulcral para a derrota da descendência por linhagem feminina, pois, buscando favorecer a herança em proveito dos filhos, decidiu-se que somente os descendentes de um membro masculino continuariam na gens, enquanto os descendentes de um membro feminino deveriam ir para a gens do pai, eis, assim, como se instituiu o direito hereditário paterno.

O desmoronamento do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução.[...] Essa forma de família [intermediária da patriarcal] assinala a passagem do matrimônio sindiásmico para a monogamia. Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, aquela é entregue, sem reservas, ao poder do homem: quando este a mata, não faz mais do que exercer seu próprio direito (ENGELS, 2014, p. 69-70).

O matrimônio monogâmico se distingue da família sindiásmica pela solidez dos laços conjugais, pois a união não pode mais ser dissolvida pela mulher, apenas o homem pode

¹ O próprio Engels utiliza essa expressão, em consonância ao uso feito por Morgan, entretanto, faz a ressalva da atecnia de tal expressão, pois na época pré-história ainda não se podia falar na existência do direito como instituição.

romper o casamento e repudiar sua esposa. A monogamia, em verdade, valia apenas para o sexo feminino, pois ao masculino eram permitidas relações extraconjugais. Tal discriminação entre os sexos acentuou a prostituição e o adultério dentro de tais relações conjugais, assim explica Engels:

No melhor dos casos, a certeza da paternidade baseava-se agora, como antes, o convencimento moral, e para resolver a contradição insolúvel, o Código de Napoleão dispôs em seu artigo 312: “L’enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari” [“O filho concebido durante o matrimônio tem por pai o marido”]. É esse o resultado final de três mil anos de monogamia (ENGELS, 2014, p. 81-82).²

Afastando-se um pouco do materialismo histórico, corrente seguida por Friedrich Engels, o historiador Numa Denis Fustel de Coulanges atribuiu causas essencialmente religiosas para o surgimento da família na Idade Antiga e o matrimônio como instituição. Coulanges (2006) afirmou que, durante muito tempo, o homem acreditou que a alma continuava ligada ao corpo após a morte, por isso, era necessário enterrar o corpo para que a alma tivesse morada e não atormentasse os homens vivos.

Além disso, os mortos viravam deuses, a religião entre os gregos e romanos, em princípio, era essencialmente doméstica, baseada na adoração do fogo e dos antepassados de cada família. Dessa forma, o princípio da família não era o afeto natural, conforme o autor: “O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e seus antepassados” (COULANGES, 2006, p. 58).

O casamento era dever, assim como também era obrigação do homem ter filhos, para impedir que a família se extinguisse e não houvesse culto aos mortos. A filha não satisfazia o objetivo do casamento, pois somente o filho homem e legítimo poderia dar continuidade ao culto sagrado, pelo mesmo motivo, o casamento poderia ser anulado em razão da esterilidade da mulher, fora essa hipótese, a dissolução do casamento religioso era muito difícil, era necessária nova cerimônia, pois somente a religião podia separar o que uniu. Nas palavras do historiador francês:

² O Código Napoleônico ou Código Civil Francês de 1804 ainda hoje influencia o ordenamento jurídico brasileiro. A presunção de paternidade durante o casamento continua vigente no Código Civil Brasileiro de 2002, observe-se o texto de Lei: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;” (BRASIL, 2002).

O casamento, portanto, era obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer; seu objetivo principal não era a união de duas criaturas que se convinhassem, e que desejavam unir-se para felicidade ou sofrimentos da vida. O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto (COULANGES, 2006, p. 73).

No desenrolar da história, da Idade Antiga à Idade Média – não somente nesse período, conforme estudar-se-á ao longo deste trabalho - as uniões matrimoniais não estavam relacionadas aos vínculos afetivos entre o casal, tampouco eram determinadas pelos cônjuges, mas sim escolhidas pelos pais, a fim de construir boas alianças entre famílias, para a transmissão da linhagem e da herança (ARAÚJO, 2002).

Na sociedade ocidental cristã, Ronaldo Vainfas (1986) explica que nem sempre o casamento foi visto com bons olhos pela igreja, pelo contrário, o matrimônio não era considerado um mandamento divino, o casamento era a morte, desprezado pelos padres, que divulgavam o discurso da ascese por meio da virgindade, afinal, o corpo era o templo de Cristo, devia, portanto, manter-se puro e longe dos pecados carnis.

Entretanto, a aversão da Igreja Católica aos casamentos, logicamente, não fez com que as uniões entre homens e mulheres deixassem de existir, assim, a religião precisou aceitar esses vínculos como remédio, menos ruins que a perversão sexual fora do casamento. Ademais, reconhecer tais uniões também possibilitou à igreja estabelecer regras no sexo dentro do matrimônio, consagrado como monogâmico e indissolúvel. Nesse sentido, esclarece Vainfas:

Mas este modelo [monogamia estrita e indissolúvel] foi tão-somente esboçado no discurso apologético da virgindade: nem recomendado, nem interdito, mas simplesmente tolerado. Alternativa à fornicção, era o menor dos males; cárcere do desejo, indissolúvel e monogâmico, o pior dos bens. Assim se pensava o casamento: fronteira entre o pecado e a virtude, o último grau da continência. (VAINFAS, 1986, p. 14)

Na Idade Moderna, Mary Del Priore (2006) ressaltou três mudanças essenciais na sociedade ocidental que influenciaram as formas de casamento, amor e sexualidade. Foram elas: a expansão da interferência do Estado na vida privada, estimulando a oficialização dos matrimônios e a perseguição dos celibatários, o acentuado aumento da autoridade do marido, que instituiu uma verdadeira “monarquia doméstica”, somada à incapacidade jurídica da esposa e o condicionamento do casamento dos filhos à autorização dos pais; as Reformas Protestante e Católica que aumentaram a vigilância da igreja sobre a moral dos seus fiéis e a divulgação do livro que possibilitou ao indivíduo tanto libertar-se de concepções tradicionais, quanto cultivá-

las. Ilustrando as contradições cultivadas ao longo de séculos na literatura *versus* vida real, a autora assevera:

Uma vasta corrente da literatura moralista que vai do século XV ao XIX identifica o amor a causas funestas separando, radicalmente, o amor do cotidiano daquele cantado em prosa e verso. No cotidiano, ou seja, no matrimônio, ele se justifica no serviço de orientação conjugal com o qual eram atropelados os casais: a primeira causa era a procriação e a educação dos filhos no temor a Deus. A segunda, é que o matrimônio se destinava a ser um remédio contra o pecado, um antídoto à fornicção. A terceira, ele deveria ser o instrumento de auxílio à mútua convivência, ajuda e conforto que um esposo prestasse ao outro. Contudo, como demonstram os demógrafos, o sexo ilícito crescia no fim do século XVIII ao mesmo tempo que o casamento se tornava universal (DEL PRIORE, 2006, p. 85-86).

No Brasil, até o advento da República, só existia o casamento religioso, e, logicamente, católico. (DIAS, 2015). A constituição de 1891 previu o casamento civil³, entretanto, as constituições posteriores absorveram o caráter essencialmente religioso atribuído ao casamento na terra *brasilis*, determinando a indissolubilidade da relação matrimonial.⁴

O primeiro Código Civil Brasileiro, datado de 1916, seguiu as constituições vigentes até então e continuou a indissolubilidade do casamento, entretanto, inseriu uma forma de término da sociedade conjugal, que era o desquite, permitido apenas em hipóteses específicas e limitadas (exemplo: adultério e tentativa de morte), mas que não dissolvia o vínculo matrimonial, por isso não era permitido aos desquitados casarem-se novamente com outras pessoas.

³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891) Art. 72, § 4º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”. (BRASIL, 1891, p. 81).

⁴CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Art.144 – “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.” (BRASIL, 1934, p. 137).

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Art 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.” (BRASIL, 1937, p. 83).

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946) “Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.” (BRASIL, 1946, p. 87).

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967. “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel.” (BRASIL, 1967, p. 131).

Foi com a Lei de Divórcio de 1977, que finalmente se permitiu a dissolução do casamento neste país, através da criação do instituto chamado divórcio, porém, o fim do casamento se limitava a longos prazos, perseguição do culpado pelo fim da relação matrimonial, inclusive com a instituição de penalidades tanto ao culpado quanto ao cônjuge que requereu o divórcio (DIAS, 2015).

Atualmente, a Constituição da República de 1988 estabeleceu a dissolução do casamento através do divórcio, sem qualquer necessidade de perquirição de culpa ou outras exigências, bastando a vontade dos cônjuges em romper os laços matrimoniais. Nessa seara, Farias e Rosenvald (2016) afirmam que é necessário romper com a ideia de que a finalidade do casamento é a procriação, assim como o desvincular de referências religiosas, afinal, o Brasil é Estado laico. É preciso, pois, “centrarmos os esforços na ideia fundamental de se tratar de uma comunhão de vidas e de afetos, através de uma plena integração fisiopsíquica” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 180).

2.2 Casamento e sexualidade feminina

O objetivo deste tópico é compreender em que medida o casamento esteve e continua ligado ao exercício da sexualidade feminina ou se tais elementos se distanciavam. Para isso, far-se-á uma análise da condição da mulher e da moral sexual no Brasil, passando pelo período colonial até os dias atuais, e qual sua consequência nos casamentos infantis.

O Brasil colonial seguiu a tradição e normas vindas do Velho Mundo sobre como amar e quais os papéis reservados à mulher e ao homem dentro do matrimônio. O ideal de amor apropriado ao casamento era domesticado, amor ágape, puro, sublime, condescendente, construído dentro da relação e reservado à mulher, pois, muitas e na maioria das vezes ele sequer existia antes do enlace matrimonial regido por interesses patrimoniais. Tal amor não tinha qualquer semelhança ou aproximação com os desejos da carne e a busca pelo prazer, o amor-paixão não era adequado dentro do matrimônio, possível apenas fora dele, com prostitutas ou mulheres levianas, observe-se:

Uma tal concepção de união entre homens e mulheres teve por consequência a coexistência de dois tipos de conduta sexual: uma, conjugal, com a única finalidade de procriação. Outra, extraconjugal, caracterizada pela paixão amorosa e pela busca do prazer. A mulher era duramente tratada pelo homem, que a considerava um ser inferior, mais frágil, mais fraco. Amá-las? Só fisicamente. E, de preferência, fora do casamento. Matrimônios, por seu turno,

só os bem pensados em termos de bens. Casamento bom era casamento racional (DEL PRIORE, 2006, p. 107).

Ademais, era totalmente proibido à mulher de família, mesmo casada, expressar seu desejo sexual pelo marido, não era permitido a ela sentir prazer, as relações sexuais deviam ser consentidas apenas para pagar o débito conjugal e gerar filhos, a sexualidade feminina era perigosíssima e não existia em mulheres honestas, apenas nas loucas, cortesãs ou mulheres histéricas – conceito medicinal bastante usado na época:

A mulher tinha de ser naturalmente frágil, agradável, boa mãe, submissa e doce etc. As que revelassem atributos opostos seriam consideradas seres antinaturais. Partia-se do princípio de que, graças à natureza feminina, o instinto materno anulava o instinto sexual e, conseqüentemente, aquela que sentisse desejo ou prazer sexual seria inevitavelmente, anormal. “Aquilo que os homens sentiam”, no entender do dr. William Acton, defensor da anestesia sexual feminina, só raras vezes atingia as mulheres, transformando-as em ninfomaníacas. Já na opinião do renomado Esquirol, que tanto influenciou nossos doutores: “Toda mulher é feita para sentir, e sentir é quase histeria”. O destino de tais aberrações? O hospício! Direto! (DEL PRIORE, 2006, p. 107)

Dizer que mulheres eram histéricas por exercer sua sexualidade e por isso deveriam ser internadas num hospício não é exagero, tampouco figura de linguagem. Em 1903, baseado na teoria eugenista e apoiado pela Igreja Católica, o Hospital Colônia de Barbacena abriu as portas a fim de internar rejeitados sociais, para com eles realizar toda sorte de atrocidades e tratamentos desumanos, a ponto de seus pavilhões serem chamados de campo de concentração e as mortes atrás de seus muros, de holocausto brasileiro. Para esse lugar foram enviadas mulheres que não se adequaram à moral sexual vigente, seja porque não eram mais virgens ao casar, seja porque foram trocadas pelos maridos ou prostitutas que revidaram ao não pagamento de um programa sexual, veja-se o relato da jornalista Daniela Arbex:

[...] Muitas ignoradas eram filhas de fazendeiros as quais haviam perdido a virgindade ou adotavam comportamento considerado inadequado para um Brasil, à época, dominado por coronéis e latifundiários. Esposas trocadas por amantes acabavam silenciadas pela internação no Colônia. Havia também as prostitutas, a maioria vinda de São João del-Rei, enviadas para o pavilhão feminino Arthur Bernardes após cortarem com gilete os homens com quem haviam se deitado, mas que recusavam a pagar pelo programa. (ARBEX, 2013, p. 30).

Aliás, a Igreja Católica não deixava ninguém esquecer que o pecado original foi cometido pela mulher, Eva influenciou o homem a cair em tentação e por causa dela todas as mulheres deveriam ser vigiadas, pois tendenciosas ao pecado; a mulher foi feita da costela do

homem, parte curvada, de onde decorria sua falha, animal imperfeito que jamais poderia alcançar a retidão do homem - teoria presente no tratado de demonologia escrito por Heinrich Krämer e Jakob Sprenger em 1486; o apóstolo Paulo de Tarso lembrava que o homem é superior, “cabeça da mulher”, que a ele cabia ser submissa (ARAÚJO, 2006). Observe-se o relato de Emanuel Araújo:

A todo-poderosa Igreja exercia forte pressão sobre o adestramento da sexualidade feminina. O fundamento escolhido para justificar a repressão da mulher era simples: o homem era superior, e portanto cabia a ele exercer a autoridade. São Paulo, na Epístola aos Efésios, não deixa dúvidas quanto a isso: “As mulheres estejam sujeitas aos seus maridos como ao Senhor, porque o homem é a cabeça da mulher, como Cristo é a cabeça da Igreja... Como a Igreja está sujeita a Cristo, estejam as mulheres em tudo sujeitas aos seus maridos”. De modo que o macho (marido, pai, irmão etc.) representava Cristo no lar. A mulher estava condenada, por definição, a pagar eternamente pelo erro de Eva, a primeira fêmea, que levou Adão ao pecado e tirou da humanidade futura a possibilidade de gozar da inocência paradisíaca. Já que a mulher partilhava da essência de Eva e tinha de ser permanentemente controlada [...] (ARAÚJO, 2006, p. 45-46).

Além disso, a sexualidade feminina na Colônia era associada explicitamente à feitiçaria, pois as poções feitas pelas bruxas eram sobretudo para a utilização no campo amoroso. Enfim, o exercício do prazer pela mulher era muito arriscado. O homem, ao contrário, era incentivado a práticas sexuais desde muito jovem. No Brasil republicano, no Rio de Janeiro, por exemplo, o menino frequentava a zona, tinha suas primeiras relações com uma prostituta e se valia dela sempre que buscasse satisfação libidinosa.

No século XIX, o Brasil passou por diversas mudanças que também influenciaram a forma de amar, houve a consolidação do capitalismo, da vida urbana com novas formas de convivência social e a ascensão da burguesia. O casamento entre famílias ricas e burguesas era celebrado como uma forma de ascensão social, a mulher era vista como responsável pela manutenção do *status* da família, deveria saber se comportar nos salões, ser uma boa companhia pública ao marido, e, essencialmente, manter regras nos encontros sexuais com seu esposo e zelar pela castidade e pureza de suas filhas (D’INCAO, 2006).

Nas primeiras décadas do Brasil republicano, entre 1890 e 1920, surge o debate sobre a nova mulher, que já podia ir ao cinema, passear nas avenidas, matricular-se em curso superior – essencialmente o magistério, pois era a profissão mais parecida com sua função natural de mãe. Ela podia até ser inteligente, mas não muito, pois mulher culta demais tinha dificuldade para arranjar marido, o homem poderia se sentir ameaçado, aliás, avesso à mulher dominadora, autônoma financeiramente e que pudesse concorrer com ele. Nem iletrada, nem

excessivamente culta, mas educada para o lar, conforme explica brilhantemente a historiadora maranhense Elizabeth Sousa Abrantes:

Por outro lado, a ignorância feminina, por tanto tempo o símbolo de fragilidade e infantilidade da mulher, também era criticado, sendo considerado um “falso encanto”. Segundo Maria Emília, sempre que se falava em modificar a educação da mulher ou ampliar seus meios de ação, aparecia alguém para fazer a apologia da mulher como rainha que devia ser, pela fraqueza, lembrando que seu encanto estava justamente na sua ignorância, timidez e infantilidade. A mulher instruída forte, capaz de cuidar de um filho enfermo, auxiliar nas prescrições da ciência, ou repelir com energia as “chalaças de qualquer imbecil” seria a mulher do futuro, a verdadeira companheira do homem, sabendo participar de seus pensamentos e ajudá-lo nas resoluções difíceis (ABRANTES, 2015, p. 19).

Enquanto isso, na década de 20, endureciam-se os discursos contra a mulher fatal, que dirigia carros, fumava, praticava esportes, usava calça, era “sabichona”, tais mulheres serviam apenas ao prazer masculino, não eram destinadas ao casamento, pois não demonstravam saber cuidar do lar. Portanto, a mulher podia ter mais liberdade, mas jamais poderia se afastar dos afazeres domésticos, sob pena de ser rechaçada pela moral social dominante.

No Maranhão, o discurso não era diferente, a nova mulher tinha de ser a “nova Amélia”, capaz de desempenhar papéis aparentemente opostos, mas que na realidade demonstravam que a capacidade feminina estava predominantemente no lar, no cuidado com os filhos e com marido, a vida pública somente era adequada para demonstrar seu novo dote, o intelectual, que a possibilitava trabalhar, caso fosse extremamente necessário e apenas de forma complementar ao salário recebido pelo esposo, o que, aliás, não era motivo de honra para ele. Nesse sentido, explica Tatiane da Silva Sales:

O modelo da “Amélia” nasce dessa mulher que desempenha dois papéis aparentemente opostos, mas complementares, onde um não permite que o outro assuma suas características ditas originais, compondo um quadro de mulher instruída e que, no entanto, só desempenharia uma profissão caso houvesse necessidade e desde que fosse condizente com a moral e lhe permitisse a continuação de suas ações tradicionais, ainda tão requisitadas e caras ao lema de ordem e progresso (SALES, 2015, p. 72).

Quanto mais crescia a possibilidade de emancipação feminina e realização noutras esferas sociais que não o casamento, mais a sociedade conservadora da época expendia esforços em dizer que a verdadeira emancipação da mulher estava no casamento. Cresciam as críticas contra a mulher sedutora, não foram poucos os esforços da mídia maranhense, por meio de

jornais e revistas em desqualificar a mulher livre e atraente, na tentativa de convencer que a mulher com tal comportamento aparentava ser feliz, mas, em seu íntimo, padecia pela não realização emocional, que só podia ser alcançada pelo casamento (BARBOSA, 2015, p. 165). Observe a seguinte charge:

Figura 1 – Jornal do Povo, São Luís, n. 01, p. 07, 10 de junho de 1950



(BARBOSA, 2015, p. 165)

A imagem acima, veiculada num jornal ludovicense, passa a ideia de que a mulher bonita, com batom marcante nos lábios, vestido colado ao corpo e independente (ousava andar sozinha!) era capaz de chamar a atenção de muitos homens na vida pública, porém, ela não conseguia ser feliz, pois a realização pessoal feminina, bem como o objetivo das mulheres solteiras era apenas um: casar. “Ficar para titia”, “dar um tiro na macaca” eram medos bastante difundidos e explorados, tanto pela mídia maranhense, quanto pela nacional.

Tais ideias foram tão bem cultivadas que até hoje fazem parte do imaginário coletivo brasileiro. Uma pesquisa realizada em 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), realizada em 3.809 domicílios, abrangendo todas as unidades da federação, demonstrou que quase 79% da população concorda com a frase “toda mulher sonha em se casar” e 54,9% acredita que “tem mulher que é pra casar, tem mulher que é pra cama” (IPEA, 2014).

Esses dados permitem afirmar que o casamento ainda é visto pela sociedade brasileira como ideal a ser alcançado pelas mulheres para sua completa realização pessoal e a dicotomia entre matrimônio e exercício da sexualidade feminina. Além disso, a mesma pesquisa apontou que 63,8% dos entrevistados concordam parcial ou totalmente com a frase “os homens

devem ser a cabeça do lar” – ideal difundido pela Igreja Católica desde o Brasil colonial, conforme se abordou no início deste tópico (IPEA, 2014).

Heleith Iara Bongiovani Saffioti (1987) explica que essa percepção decorre do processo de construção social da inferioridade do feminino, baseado na dicotomia entre mulher frágil e macho forte, desde a psicanálise dogmática freudiana, na qual a mulher tem inveja do pênis – símbolo que representa a supremacia masculina, a falocracia, o poder do macho – até a percepção de que a mulher não escolhe, é sempre escolhida, seja esposa legal, seja “a outra”.
Veja-se:

Qual é a imagem da mulher nos meios de comunicação de massa? Tome-se, por exemplo, a figura da mulher que anuncia produtos na televisão. A mulher encarna ou a figura da dona-de-casa, fazendo publicidade de produtos de limpeza, alimentos, adornos, ou a figura da mulher objeto sexual, anunciando perfumes, roupas e joias destinados a excitar os homens. Em qualquer dos casos – o da dona-de-casa e o da mulher objeto sexual – a mulher está obedecendo aos padrões estabelecidos pela sociedade brasileira. Ela pode ser esposa legal, a namorada oficial ou pode ser a outra, aquela que proporciona prazer ao homem, mas a quem é negado o direito de ser mãe dos filhos deste homem (SAFFIOTI, 1987, p. 30).

A análise dos fatores abordados neste tópico é importante para o desenvolvimento do tema casamento infantil na medida em que normas de gênero desiguais dentro do casamento são mais acentuadas quando se trata do matrimônio com crianças. Meninas tendem a absorver e justificar para si próprias o tratamento desigual, são mais suscetíveis em assimilar ideais como a valorização do casamento como ascensão social, a idealização da maternidade e o lugar da mulher no lar, cuidando dos filhos, da casa e do marido, condescendente com a traição e o descaso do homem.

Uma pesquisa realizada pela Promundo em parceria com a Universidade Federal do Pará e a Plan Internacional Brasil no Maranhão, de 2013 a 2015, nas cidades de São Luís (MA) e Belém (PA) mostrou que vários fatores influenciam a desigualdade de gênero nos casamentos infantis, por exemplo, a experiência de vida, idade e situação econômica do homem. O relatório estabeleceu uma relação entre quanto maior a diferença etária entre os cônjuges, menos a relação é igualitária. O próprio nome da pesquisa “Ela vai no meu barco” demonstra a fala de um homem casado em Belém sobre a perspectiva de que a menina (com 14 anos e grávida) siga as preferências e normas por ele estabelecidas dentro do casamento (TAYLOR et al., 2015).

As regras constituídas nessas uniões vão desde acreditar que as meninas têm o dever principal de cuidar da casa, dos filhos, além de estar sempre arrumada para seu marido, até a

assimilação, pelas meninas, de que as preocupações do homem são mais importantes que as suas, já que ele trabalha e isso significa que o dia dele foi mais estressante. Por isso, a mulher deve sempre se manter sorridente, quieta, resignada, não pode reclamar, mesmo que essa não seja sua vontade. Observe-se o relato de uma menina ludovicense aos 17 anos, casada desde os 14 anos:

Ele já tem estresse suficiente pra não saber do teu, então, tu tem que tirar aquele estresse dele... Porque o papel dele hoje tá sendo trabalhar, me manter, pagar o que eu preciso, pagar o carro que me traz... Só pagar! Negócio e dar carinho, amor, não. Hoje o meu papel é de aturar ele, de todo tempo tá aquela mulher sorridente, todo tempo não tratar mal, não ser ignorante, todo tempo bem, todo tempo levando as coisas, mas não é essa a minha vontade. (TAYLOR et al., 2015, p. 84)

Por fim, resta asseverar que uma das causas do casamento infantil em São Luís é o desejo dos pais de controlar a sexualidade das meninas, evitar comportamentos considerados “de risco”, geralmente associados à vida solteira, com festas, diversões, muitos parceiros sexuais ou sem parceiro fixo. Dessa forma, o casamento é considerado uma trajetória mais segura para a menina, uma vez que, depois de casada, uma gravidez ou outro problema seriam de responsabilidade do marido, não mais dos genitores da criança casada. (TAYLOR. et al., 2015).

2.3 Casamento infantil: onde? Como? Por quê?

O Banco Mundial apresentou pesquisa apontado que 15 milhões de meninas se casam anualmente, em todo o mundo, antes dos 18 anos (SAKHONCHIK; RECAVARREN; TAVARES, 2017). A UNFPA e o UNICEF preveem que até 2030 serão 1 bilhão de crianças casadas antes dos 18 anos (ONUBR, 2017). Mais de 65% das meninas menores de 18 anos são casadas no Níger, Chade e na República Central Africana; já em Bangladesh, Burkina Faso, Guiné, Mali, Moçambique e Sudão do Sul, esse percentual é de 50% (SAKHONCHIK; RECAVARREN; TAVARES, 2017).

Diante de tais dados, poder-se-ia acreditar que o casamento infantil é um problema apenas da África Subsaariana e da Ásia, entretanto, apesar de ser uma infeliz realidade que casamentos precoces sejam comuns nessas regiões, matrimônios com criança são realidade neste país, em termos numéricos: o Brasil lidera o ranking de casamentos infantis na América Latina e o quarto do mundo (ONU MULHERES BRASIL, 2017). Nesse sentido:

No conjunto de evidências sobre casamento na infância e adolescência na América Central e América Latina, o Brasil se destaca pelo alto contraste entre o ranking elevado do país em números absolutos e a falta de pesquisas sobre o assunto. De acordo com uma estimativa, o Brasil ocupa o quarto lugar no mundo em números absolutos de mulheres casadas até a idade de 15 anos, com 877 mil mulheres com idades entre 20 e 24 anos que se casaram até os 15 anos (11%). O Brasil é também o quarto país em números absolutos de meninas casadas com idade inferior a 18: cerca de 3 milhões de mulheres com idades entre 20 e 24 anos casaram antes de 18 anos (36% do total de mulheres casadas nessa mesma faixa etária) (TAYLOR et al., 2015, p. 09).⁵

Tais números refletem uma realidade construída desde o Brasil Colônia, Del Priore (2006) conta o caso de Escolástica Garcia, menina que casou aos 9 anos contra sua vontade, por temor aos parentes e sofreu maus-tratos do marido. Traz também vários relatos de casamentos infantis ao longo do século XIX, a percepção dos estrangeiros sobre tal acontecimento, menina de 10 anos esposa de um homem de 65, diversas situações que faziam pensar que se tratava de avô, filha e netos, mas que na realidade eram marido, mulher e filhos. Observem-se as chocantes histórias:

Delicioso é o quadro de um capitão da marinha americana que põe em seu colo uma menina de 13 anos para contar-lhe histórias. Vem, então, a saber que era esposa de um sexagenário e mãe de uma criança pequena. Outra gafe? A do estrangeiro que havia feito elogios à filha mais jovem de um senhor de certa idade, extraordinariamente bela, uma das mais lindas que havia visto na América. Depois de afirmar ser ela afortunada por ter um pai tão afeiçoado, ouviu em um tom nada gentil: “Pai? Eu sou marido, ela é minha esposa! Mas perdôo o equívoco já que tenho filhas, para dizer a verdade quase para serem mães dela”. Pano rápido. (PRIORE, 2006, p. 169)

Os relatos são inúmeros. Um inglês conta de sua surpresa ao conversar com o ouvidor da comarca de São João del Rey, que se queixava do pouco tempo de vida que lhe restava, da difícil existência de solteiro e da pretensão de casar. Pouco tempo depois, o senil contraiu núpcias com uma menina de 12 anos. Aliás, era essa a idade recomendada para meninas se casarem, entre 12 e 16 anos, uma moça com vinte já era quase uma solteirona. Del

⁵ Texto literal: “Porcentagens na faixa etária 20 a 24 da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNAD) de 2006: pag. 161, Tabela 2: “Idade na primeira união,” disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/pnds/img/relatorio_final_PNDS2006_04julho2008.pdf (Essas porcentagens são as mesmas usadas em UNICEF, 2014. The State of the World’s Children 2014 In Numbers: Every Child Counts). Fonte de números absolutos usados no ‘ranking’ Statistics and Monitoring Section, Division of Policy and Strategy, UNICEF (2013), feito em Vogelstein, 2013. O cálculo do ‘ranking’ foi baseado em uma população de mulheres entre 20 a 24 anos (2011). Devido à falta de dados disponíveis, o ‘ranking’ exclui a China, Bahrein, Irã, Israel, Kuwait, Líbia, Omã, Catar, Arábia Saudita, Tunísia e Emirados Árabes Unidos, entre outros países.” (TAYLOR et al., 2015, p. 09)

Priore (2006) chama a atenção para o fato de que as meninas eram levadas para a escola aos 7 ou 8 anos de idade, o que ocasionava a sua rápida passagem pela tentativa de alfabetização, pois pouco tempo depois eram requeridas pelo matrimônio e suas consequências.

Causa estranheza a gravidade do assunto aqui proposto e a ausência de pesquisas no Brasil sobre o tema. O primeiro e único estudo específico realizado neste país sobre matrimônio precoce foi o relatório “Ela vai no meu barco: casamentos na infância e adolescência no Brasil” (TAYLOR et al., 2015), do qual já falamos, ele foi realizado em São Luís e Belém, através de entrevistas, e buscou apresentar quais as causas e consequências do casamento na vida de meninas.

O relatório apresenta como principais fatores de motivação dos casamentos infantis: a gravidez; o desejo – dos pais e/ou do futuro marido – em controlar a sexualidade das meninas e comportamentos considerados “de risco”; o desejo de assegurar a estabilidade financeira através do casamento; a vontade das meninas; resultado da preferência e poder dos homens adultos, pois casam com meninas mais novas por achar que elas são mais atraentes, mais fáceis de controlar, além de que homens adultos são percebidos como “melhor de vida” que homens jovens (TAYLOR et al., 2015).

A gravidez é tanto causa quanto consequência de matrimônios infantis, pois, se meninas casam antes de estarem grávidas, o próximo passo é provavelmente ter um filho, geralmente as crianças casadas não possuem poder de escolha sobre o próprio corpo, por vezes, não lhes é permitido usar qualquer tipo de contraceptivo, sob pena de serem agredidas ou causarem a desconfiança do cônjuge (TAYLOR et al., 2015).

Ademais, meninas grávidas estão mais suscetíveis a diversas violações de direitos humanos, por exemplo, ter o direito à educação negado – por serem forçadas ou não conseguirem mais frequentar a escola, em razão dos cuidados que um filho necessita – ter o direito à saúde negado – quando são obrigadas a não utilizar qualquer meio para evitar a gravidez, além de estarem mais expostas à morte em decorrência de complicações na gravidez ou no parto, “cerca de 70 mil adolescentes em países em desenvolvimento morrem anualmente de causas relacionadas à gravidez e ao parto” (UNFPA, 2013, p. 18).

Ao contrário do senso comum, o motivo da gravidez de meninas tão novas não costuma ser a banalização do sexo, pesquisas mundiais indicam que aproximadamente 90% das meninas que têm filhos são casadas (UNFPA, 2013). A gravidez na infância e adolescência, está, pois, intimamente ligada ao casamento precoce. O Maranhão é o segundo estado do Nordeste com maior quantidade de meninas grávidas até os 17 anos, proporcionalmente à quantidade de partos. Conforme dados do IBGE, das 107.609 mulheres que residiam no

Maranhão e tiveram filhos em 2015, 13.184 delas não tinham 18 anos, o que representa 12,3% do número de mães no referido ano (OLIVEIRA, 2017).

Outra ideia que precisa ser desmistificada é com quem meninas casam. A pesquisa da PROMUNDO indica que geralmente crianças se casam com homens mais velhos, pois eles são vistos como mais indicados para cuidar ou educar as meninas, financeira e emocionalmente, meninos da mesma idade das meninas ou um pouco mais velhos são considerados sem responsabilidade, incapazes de manter uma família, por isso não são aprovados pelos pais. A diferença média de idade marital é de 9,1 anos (TAYLOR et al., 2015).

Além disso, o homem mais velho deseja a menina exatamente pelo fato dela ser mais jovem, para ele, a “novinha” é mais atraente e o faz se sentir mais jovem. A pesquisa também indica que homens preferem meninas virgens, apesar da virgindade não ser classificada por eles como essencial, ainda é vista como representativa de valor, pois dessa forma o marido se sente mais seguro, tem menos ciúmes, a menina gera pouca desconfiança (TAYLOR et al., 2015).

A idealização da maternidade também é um fator a ser considerado como influenciador dos casamentos e da gravidez. Meninas desde cedo são ensinadas a brincar de boneca, a compreender que seu lugar é o lar, cuidando do seu marido e filhos. Muitas garotas desejam se casar no intuito de fazer viver esse sonho, ter um bebê de verdade para cuidar, sem saber exatamente o que isso significará na sua vida, uma diminuição de oportunidades em quase todas as esferas. O relatório sobre maternidade precoce da UNFPA (2013) reconhece que a maioria dos programas e recursos de proteção à gravidez tem sido aplicada em meninas de 15 a 19 anos, entretanto, o grupo mais vulnerável é o de meninas de 14 anos ou menos (geralmente entre 10 e 14 anos) e a necessidade de criar políticas que alcancem essas crianças.

O casamento infantil também acontece por vontade das meninas, o PROMUNDO (TAYLOR et al., 2015) apresentou dados de que na pesquisa realizada em São Luís e Belém essa hipótese é menos frequente, porém existe. Geralmente as meninas aceitam casar por pressão dos pais e/ou do homem, mas, em alguns casos, elas tomam a iniciativa em contrair matrimônio. As causas que levam a tal atitude são diversas, tanto podem estar relacionadas com o desejo de fugir da restrição de sua mobilidade ou sexualidade pelos pais, para alcançar independência e liberdade, até fugir de maus-tratos ou abusos sexuais de um dos membros da família.

Podem ser citadas como principais consequências do casamento infantil: a gravidez e todos os problemas maternos, neonatais e infantis relacionados a ela; limitação do direito à educação de meninas; limitações à mobilidade e ao convívio social de meninas casadas,

frustrando as expectativas imaginadas por elas; exposição à violência do parceiro íntimo, incluindo estupros maritais e acentuada desigualdade de gênero nas relações envolvendo meninas muito jovens e homens muito velhos (TAYLOR et al., 2015). Nesse mesmo sentido assevera a pesquisa realizada pelo Banco Mundial:

[...] as meninas que se casam antes dos 18 têm uma probabilidade maior de serem expostas à violência do parceiro e ao abuso sexual do que as que se casam mais tarde.³ Elas também representam até 30% do abandono escolar feminino na educação secundária e tendem a ter filhos mais cedo.⁴ O casamento infantil responde ainda pela maioria dos casos de gravidez na adolescência,⁵ taxas mais altas de mortalidade materna e infantil⁶, nível educacional mais baixo e menores rendas.⁷ Por outro lado, as jovens que se casam e engravidam mais tarde têm maior probabilidade de serem mais saudáveis e terem melhor educação. (SAKHONCHIK; RECAVARREN; TAVARES, 2017, p. 01)

Além disso, o Banco Mundial alertou para o fato de que quando uma menina pode legalmente casar antes dos 18 anos, ela tem menos oportunidade de escolher seu futuro. A pesquisa mostrou que das 158 economias onde a idade legal para o casamento é 18 anos, 139 apresentam exceções, tais como o consentimento dos pais ou judicial ou a gravidez para que meninas se casem mais cedo (o que gera uma proporção de 3 a cada 4 países) e 63 não possuem punição para o casamento precoce, o que também é o caso do Brasil (SAKHONCHIK; RECAVARREN; TAVARES, 2017).

O casamento infantil também tem impacto na economia dos países, pois acaba por gerar um ciclo de pobreza, da mãe que não pode se qualificar profissionalmente e que por isso provavelmente receberá salários menores e não ofertará uma boa condição de vida para seu filho ou filha, que possivelmente também viverá em situação de pobreza (SAKHONCHIK; RECAVARREN; TAVARES, 2017).

Destarte, é de se reconhecer que o casamento infantil é um problema que viola vários direitos humanos das meninas, tanto que estão presentes nos novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), acontece no Brasil em decorrência de aspectos culturais e das brechas da legislação que deixam as crianças em situação de vulnerabilidade, por isso merece atenção e estudo para evitar a continuidade da violação de meninas-mães brasileiras.

3 ABORDAGEM JURÍDICA QUANTO AO CASAMENTO INFANTIL E AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

No Brasil, existe uma hipótese legal supostamente autorizadora do casamento infantil, chamada de suprimento judicial de idade em razão da gravidez, prevista no artigo 1.520 do Código Civil de 2002 (CC/02). Tecnicamente, no texto de lei, não há qualquer limitação mínima de idade para que o matrimônio ocorra, a única condição expressa exigida pelo legislador é a gestação.

Todavia, o Código Penal de 1940 (CP/40) sofreu várias alterações ao longo de sua vigência, a mais importante a esta pesquisa foi a inclusão do artigo 217-A, que criminaliza a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, é o chamado estupro de vulnerável.

Durante muito tempo, doutrina e jurisprudência divergiram acerca da natureza jurídica de alguns institutos da lei penal, tais como a presunção de violência e a vulnerabilidade do menor de 14 anos. Neste capítulo, falar-se-á das hipóteses de suprimento judicial de idade e das demais alterações essenciais que ensejaram a inclusão do artigo 217-A no CP/40, para que no próximo capítulo explique-se sobre qual a relação entre os dois institutos jurídicos.

3.1 Exceções à idade núbil:

O Código Civil de 2002 disciplina acerca da capacidade civil para o casamento, em seu artigo 1.517, estabelece a idade núbil aos 16 (dezesesseis) anos para homens e mulheres, sendo necessária a autorização dos pais ou dos representantes legais para o casamento até a completude da maioridade civil – atualmente 18 anos. Se houver recusa injusta pelos pais ou representantes⁶, ou se existir divergência entre eles⁷, os nubentes entre 16 e 18 anos podem buscar o poder judiciário para obter autorização ao matrimônio, por meio do suprimento judicial de consentimento.

⁶Código Civil/2002: “Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.” (BRASIL, 2002).

⁷ Código Civil/2002: “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.” (BRASIL, 2002).

Sucedem que o art. 1.520 do mesmo diploma dispõe sobre as exceções à idade núbil, permitindo que o enlace matrimonial ocorra entre menores de 16 anos nos casos de gravidez e para evitar imposição ou cumprimento de pena, esta é a previsão legal do suprimento judicial de idade, observe-se: “Código Civil/2002: Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” (BRASIL, 2002).

Far-se-á análise deste artigo pormenorizadamente. Primeiro, tratar-se-á da exceção à idade núbil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Na pesquisa bibliográfica realizada, encontraram-se os seguintes posicionamentos: autores que discordam desta possibilidade de suprimento judicial e apresentam fundamentos; autores que concordam e apresentam justificativas, por fim, autores silentes sobre o assunto, que apenas repetem o texto de lei, sem fazer qualquer comentário acerca do tema debatido nesta monografia.

O posicionamento majoritário coletado foi que não é possível o suprimento judicial de idade para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal porque tal hipótese foi revogada tacitamente em razão da alteração do artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal, revogados pela Lei nº 11.106/2005⁸. Explica-se:

Esta concepção existe porque tais incisos previam a extinção da punibilidade em razão do casamento do agente com a vítima, nos crimes contra o costume – estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214), posse sexual mediante fraude (art. 215), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), sedução (art. 217), corrupção de menores (art. 218) e rapto (art. 219 e 220), todos do Código Penal, antes da alteração da Lei 11.106/2005 – e pelo casamento da vítima com terceiro, nos mesmos crimes, desde que a ação delituosa ocorresse sem violência real ou grave ameaça e que a ofendida não requeresse a continuidade do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração. Acerca do tema, acertadamente dispõe Maria Berenice Dias:

Sem voltar ao passado, em que a preservação da família se sobrepunha ao interesse do Estado de punir a prática de um crime, em boa hora foi afastada a transformação da mulher em **excludente da criminalidade**. As duas hipóteses previstas na lei penal (CP 107 VII e VIII), que identificavam o casamento causa de extinção da punibilidade nos delitos “contra os costumes”,

⁸ Código Penal/1940: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)” (BRASIL, 1940)

foram revogadas. Admitir o casamento do réu com a vítima como forma de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal nada mais significava do que cancelar o estupro, absolvendo o autor de um crime hediondo, agravado pelo fato de ser a vítima uma adolescente. **Com essa salutar alteração da lei penal, há que se reconhecer ter ocorrido a derrogação tácita de parte do art. 1.520 do CC** (DIAS, 2015, p. 155, grifo no original e grifo nosso, respectivamente).

Da mesma forma ensinam os autores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), pois consideram que em razão de o casamento do réu ou de terceiro com a vítima não mais constituir hipótese de extinção da punibilidade, restou prejudicada a primeira parte do artigo 1.520 do CC/02 para evitar imposição ou cumprimento de pena, observe-se:

[...] A legislação civil vigente (art. 1.520 do CC), em caráter extraordinário, admite que o casamento se realize mesmo quando não atingida a idade núbil (16 anos) **em duas hipóteses: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.**

Contudo, os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima, nos crimes contra os costumes, foram revogados pela Lei nº 11.106/05. **Com isso, tendo em vista que não constitui mais hipótese de extinção da punibilidade o casamento do réu com a vítima ou de terceiro com a vítima, a primeira hipótese de casamento abaixo da idade núbil, constante no art. 1520 do Código Civil, restou prejudicada.** (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 110-111)

Na mesma esteira, explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2016) que o casamento deixou de ter o efeito de extinção da punibilidade nos antigos crimes contra os costumes, veja-se:

A outra hipótese de suprimento de idade deve levar em conta as disposições da Lei nº 11.106/05, que revogou o inciso VII do art. 107 do Código Penal, que, conectado ao art. 1.520 do Código Civil, contemplava a extinção de punibilidade do agente que viesse a casar com a vítima, nos crimes contra os costumes, bem como a extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, em tais delitos. **Em consequência dessa mudança na legislação penal, o casamento deixou de produzir o efeito da extinção da punibilidade nesses crimes [...]** (FARIAS; ROSENVALD, p. 220, 2016, grifo nosso)

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2009) assinala:

A prática de crime contra os costumes contra o menor ou a menor ou o estado de gravidez, constituem as condições para o requerimento de suprimento judicial de idade. Todavia, a Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, revogou, além de outros dispositivos, o inciso VII do art. 107 do Código Penal. **Em**

consequência, o casamento deixou de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, nos crimes contra os costumes de ação penal pública.
(GONÇALVES, 2009, p. 37)

O autor Cristiano Vieira Sobral Pinto (2017) afirma que não será possível o casamento da menor com aquele que praticou o crime de estupro de vulnerável, em razão das alterações trazidas pela Lei 12.015/09, que inseriu no Código Penal o art. 217-A e o art. 225, parágrafo único. Este estabelece que a ação penal será pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, significa dizer que o Ministério Público não depende de representação para oferecer denúncia, levando em conta tais alterações, o doutrinador mencionado conclui: “não sendo mais a ação penal de natureza privada, o casamento não funcionará como perdão” (PINTO, 2017, p. 855).

Por sua vez, o doutrinador Flávio Tartuce (2017) fez uma análise deveras aprofundada sobre o tema, pois mudou de posicionamento ao longo das edições publicadas e da entrada em vigor das Leis 11.106/2005 e 12.015/2009. Ele explicou seu entendimento inicial, divergente da maioria da doutrina - esta acreditava que a Lei 11.106/2005 derogou ou revogou tacitamente parte do art. 1.520 do Código Civil, pois, se não havia mais que se falar em extinção da punibilidade, estaria vedado o casamento do menor com o autor do crime.

Tartuce (2017) acreditava que não houve revogação da norma civil, pois em alguns casos o menor poderia exercer a opção de se casar com quem praticou o crime contra os costumes, isso porque a ação penal era de natureza privada, em consequência, estar-se-ia diante de um caso de perdão tácito ou renúncia, pois a celebração do casamento seria ato incompatível com a vontade de ver o agente delituoso punido.

Ato contínuo, o mesmo autor explica que o magistrado poderia autorizar o casamento se a menor declarasse o desejo de viver com o pai da criança e demonstrasse discernimento para tanto, provado por perícia psicológica e porque a vontade da menor seria relevante nesse caso, conforme orientação do Enunciado nº 138 do Conselho da Justiça Federal (CJF) da III Jornada de Direito Civil: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto” (CJF, 2017).

Tartuce (2017) debateu inclusive sobre a adequação social da aplicação da norma penal: “seria adequado enviar o criminoso, pai dessa criança que ainda vai nascer, para a cadeia?” (TARTUCE, 2017, p. 55). Apresentou exemplo no limiar do debate, caso de uma menina de 13 anos que teve relacionamento amoroso com rapaz de 18 e engravidou. Entretanto, reconheceu que muitas situações na prática não são românticas como a apresentada.

Aliás, o quadro narrado pelo autor, longe de ser regra, é exceção nos casamentos infantis, pelos motivos expostos no primeiro capítulo, principalmente porque a família das meninas muito jovens que mantêm relações amorosas estáveis acredita que um homem mais velho terá mais condições de educar a criança-mãe e também arcar com o ônus financeiro de constituir família (TAYLOR et al., 2015).

Ademais, o doutrinador em debate acreditava que cada caso deveria ser analisado conforme suas peculiaridades, motivo pelo qual não defendia a tese de derrogação ou revogação parcial tácita do art. 1.520 do Código Civil. Todavia, após a edição da Lei 12.015/2009, mudou seu posicionamento, pois a referida norma inseriu o artigo 217-A no Código Penal, que, segundo o autor, trouxe a ideia de presunção absoluta de vulnerabilidade. Além disso, tal crime passou a ser de ação penal pública incondicionada, motivo pelo qual o casamento não poderia funcionar como perdão tácito ou renúncia, literalmente:

Pois bem, a segunda lei penal, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, parece ter encerrado o debate anterior, não sendo mais possível o casamento da menor com aquele que cometeu o crime antes denominado como estupro presumido, em hipótese alguma. Isso porque o Código Penal, ao tratar dos *crimes sexuais contra vulnerável*, passou a prever em seu art. 217-A que é crime “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. O tipo penal passou a ser denominado como *estupro de vulnerável*, sendo certo que a vulnerabilidade encerra uma presunção absoluta ou *iure et de iure*.

Outro ponto fulcral da alteração consta no novo art. 225, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual, havendo pessoa vulnerável, a ação penal do crime sexual é pública incondicionada.

Desse modo, não sendo mais a ação penal de natureza privada, não pode o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime, conforme outrora era exposto. Em suma, desaparece o fundamento principal da tese que era anteriormente defendida por este autor. (TARTUCE, 2017, p. 58)

Por outro lado, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017) afirmam: “Também se justifica o casamento abaixo da idade núbil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1114). Para tanto, reconhecem que o artigo 1.520 foi profundamente esvaziado pelas alterações na legislação penal, todavia, em alguns casos específicos, o magistrado pode apresentar solução diversa.

Nesse sentido, os escritores imediatamente supracitados apresentam o fundamento de que se o juiz verificar que houve namoro sério, “numa ambiência psicológica de maturidade inequívoca das partes envolvidas, especialmente a incapaz” (GAGLIANO; PAMPLONA

FILHO, 2017, p. 1115), conjuntamente com a aquiescência dos pais, poderia reconhecer a atipicidade do fato criminoso, conseqüentemente, justificar a autorização para casar. Nesse diapasão, seria possível inclusive o trancamento da ação penal, pois esta careceria de justa causa.

Salienta-se que os doutrinadores em questão são contraditórios ao tratar da maturidade do menor ora para justificar o casamento de pessoa com menos de 14 anos, que possua discernimento suficiente para ter relacionamento sério, ora para afirmar que uma menina de 13 anos de idade e grávida pode casar, entretanto, não deve exercer os demais direitos relacionados a uma vida civil, ou seja, a ela não devem ser aplicados os efeitos da emancipação em decorrência do casamento⁹, em atenção ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes. Em outras palavras: a menina com treze anos ou menos possui maturidade inequívoca para casar e ser mãe, porém, é imatura para quaisquer outros atos da vida civil.

Por outro lado, Maria Helena Diniz (2012) é silente acerca do tema do suprimento judicial de idade, ela se resume a falar da diferença entre incapacidade para o casamento e impedimento matrimonial. Afirma que a incapacidade é geral, enquanto o impedimento é circunstancial, relacionado à falta de legitimação.

Coletadas as principais informações sobre a primeira parte do artigo 1.520, tratar-se-á da segunda hipótese de suprimento judicial de idade, qual seja, no caso de gravidez. Nessa seara, a maioria da doutrina pesquisada afirma que houve derrogação tácita do artigo 1.520 do Código Civil, no que diz respeito a evitar imposição ou cumprimento de pena, significa dizer que, conforme tais autores, a hipótese de gravidez continua plenamente válida. Nos parágrafos seguintes, analisar-se-á o posicionamento de cada um deles, individualmente.

Maria Berenice Dias (2015) acredita que a gravidez não deveria ser critério para autorizar o casamento de menina menor de 16 anos, pois não encontra justificativa plausível para tal hipótese, uma vez que a prole está protegida independentemente do casamento, não existe mais, no ordenamento jurídico, a possibilidade de legitimar os filhos por meio do matrimônio. Ademais, a autora indigna-se com a contradição do instituto jurídico, nos seguintes termos:

Em caso de gravidez, se houve o casamento sem autorização, não é cabível sua anulação por motivo de idade (CC 1.551). **Assim, para uma jovem casar com menos de 16 anos, basta engravidar! Fora dessa hipótese não é possível o casamento ser autorizado, nem judicialmente.** Não obstante, há

⁹ Código Civil/2002: “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: [...] II - pelo casamento;” (BRASIL, 2002).

uma perversa consequência: impossibilitadas de casar, as meninas menores de 16 anos acabam vivendo em união estável, o que as coloca em situação de vulnerabilidade. (DIAS, 2015, p. 156)

Os autores Cristiano Vieira Sobral Pinto (2017), Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), Carlos Roberto Gonçalves (2009), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017), Paulo Nader (2016), afirmam ser possível o suprimimento judicial de idade em razão da gravidez, sem tratar especificamente sobre o objeto desta monografia – casamento de meninas menores de 14 anos. Salienta-se que o presente trabalho não contesta a possibilidade do suprimimento judicial de idade em razão da gravidez de meninas de 14 ou 15 anos, pois apesar de existir debate social acerca do tema, não há discussão jurídica relevante.

Resta esclarecer sobre outros aspectos civis do suprimimento judicial, o primeiro deles é que uma vez realizado casamento por meio do suprimimento judicial, a união fica submetida ao regime da separação obrigatória de bens¹⁰. Após o menor atingir a maioridade, fica-lhe facultado requerer a modificação do regime de bens¹¹. Outro aspecto relevante é que se o suprimimento judicial, em razão da gravidez, foi eivado de nulidade quanto à idade, não seria possível sua anulação, por força do disposto no art. 1.551 do Código Civil/2002¹².

3.2 Estupro de vulnerável

A primeira alteração relevante ao tema proposto, foi a revogação das causas de extinção da punibilidade nos crimes antes denominados “contra os costumes”, na hipótese do casamento da vítima com o agente do crime ou com terceiro, realizada pela Lei nº 11.106 de 2005. A segunda e terceira modificações fulcrais foram inseridas pela Lei nº 12.015 de 2009, que modificou a ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, revogou o artigo 224 que tratava da presunção de violência e inseriu o estupro de vulnerável no art. 217-A no CP/40.

Todavia, não obstante a revogação da presunção de violência, os autores penais e a jurisprudência pátria travaram debate acerca da presunção da vulnerabilidade, se relativa – poderia, pois, ser afastada pelo consentimento e outras hipóteses - ou absoluta – não poderia

¹⁰ “Código Civil/2002: Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.” (BRASIL, 2002).

¹¹ “Código Civil/2002: Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...]§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.” (BRASIL, 2002).

¹² Código Civil/2002: “Art. 1.551. Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez.” (BRASIL, 2002).

ser afastada, exceto no caso de erro de tipo. Hodiernamente, prevalece o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual o estupro de vulnerável caracteriza-se independentemente do consentimento da vítima, de relação sexual prévia ou de relacionamento amoroso com o agente.

3.2.1 Alterações legislativas até o advento da Lei nº 12.015/2009

Primeiro, discorrer-se-á sucintamente acerca de alguns conceitos presentes no direito penal com objetivo de proporcionar melhor compreensão ao leitor. Nessa seara, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2013) propõem uma teoria estratificada do delito, construção dogmática que proporciona o caminho lógico para averiguar se houve delito em cada caso específico, a partir de uma perspectiva dividida em vários níveis ou planos de análise. Ademais, os autores lembram que o delito é uma unidade, não uma soma de componentes, estratificado é apenas o exame realizado para averiguação do delito.

Para os autores imediatamente supracitados, assim como para a maioria da doutrina que adota o conceito analítico de crime (GRECO, 2014), delito é uma conduta típica, antijurídica e culpável. Características que devem ser verificadas consecutivamente, pois a análise do elemento posterior depende da existência da característica anterior. Explica-se:

Conduta típica – na conceituação usada por Zaffaroni e Pierangeli (2013) - ou fato típico – terminologia usada por Rogério Greco (2014), segundo a concepção finalista, deve conter os seguintes elementos: conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), resultado, nexo de causalidade entre conduta e resultado, e tipicidade – quando a ação ou omissão se adequa a um dos tipos previstos na legislação penal (GRECO, 2014).

Depois de verificado que houve conduta ou fato típico no caso em apreço, passa-se à análise da antijuridicidade ou ilicitude, que é a relação de contrariedade ou de antagonismo entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Destarte, o autor não pode estar protegido por nenhuma das excludentes de tipicidade previstas no artigo 23 do Código Penal de 1940, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Além das excludentes de tipicidade expressamente previstas em lei, a doutrina aponta uma quinta hipótese, de natureza supralegal, qual seja: o consentimento do ofendido. Para tanto, é preciso que a vítima tenha capacidade para consentir; que o bem jurídico protegido seja disponível e que o consentimento seja anterior ou, no mínimo, simultâneo à conduta (GRECO, 2014). Sobre tal hipótese tratar-se-á paulatinamente no último capítulo.

Por fim, caracterizado o fato típico e ilícito, faz-se a análise sobre a culpabilidade. Esta, na concepção finalista adotada por Greco (2014), é o juízo de reprovação que se faz sobre a conduta do agente e tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

Superados tais conceitos, surge a indagação sobre a punibilidade ser característica do delito ou um de seus resultados. Zaffaroni e Pierangeli (2013) entendem que a pena é a coerção materialmente penal e que ela é uma consequência do delito, pois “ser punível” depende de existir conduta típica, antijurídica e culpável. Entretanto, ele afirma que o vocábulo “punibilidade” pode ser utilizado em duas conotações. A primeira: é pressuposto lógico da existência do delito que ele seja punível, isto é, digno de pena. A segunda: ainda que todo delito seja digno de pena, esta, como coerção penal, às vezes não é aplicada, por razões ligadas à teoria da coerção penal, e não com a existência do delito em si. Nas palavras dos autores:

O vocábulo “punibilidade” tem dois sentidos, que devem ser claramente delineados: a) *punibilidade* pode significar *merecimento de pena*, ser digno de pena no sentido da palavra alemã *Strafwurdig*; neste sentido, todo delito (toda conduta típica, antijurídica e culpável) é punível, pelo simples fato de sê-lo; b) *punibilidade* pode significar *possibilidade de aplicar a pena*, no sentido da palavra alemã *Strafbar*; nesse sentido, nem todo o delito é passível da aplicação de uma pena, isto é, não se pode dar a todo delito o que teria merecido. *Nem sempre a punibilidade no sentido de “a” pode ser satisfeita no sentido “b”.* Isto não é consequência da falta de qualquer característica do delito, mas é apenas uma questão que tem lugar e opera dentro da própria teoria da coerção penal. A afirmação de que o delito é punível (sentido a) surge da afirmação de que é delito, mas a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede sua atuação (sentido b). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 662, grifo no original).

Nas palavras de Greco (2014), mesmo sendo caracterizado o crime, o Estado, por questões de política criminal, deixa de exercer seu direito de punir, o *jus puniendi*, razão por que haverá hipóteses chamadas de extinção da punibilidade no Código Penal de 1940. As que interessam ao presente estudo foram inseridas pela Lei nº 7.209 de 11.7.1984, no artigo 107 do Código Penal, inciso VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes - e VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes contra o costume, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o

prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração do matrimônio¹³.

Nas circunstâncias acima mencionadas, ainda que perfeitamente caracterizado crime contra os costumes, por ser fato típico, antijurídico e culpável, a conduta do agente não era punida, pois o Estado decidiu não usar seu *jus puniendi* se a mulher¹⁴ casasse com o autor do crime ou com terceiro.

Ocorre que a Lei nº 11.106 de 2005 revogou expressamente tais hipóteses de extinção da punibilidade, excluiu o crime de sedução e de rapto e inseriu o capítulo V, “do lenocínio e do tráfico de pessoas”. A partir dessa alteração, os crimes contra o costume passaram a ser fatos típicos, antijurídicos, culpáveis e puníveis, independentemente da realização do casamento da vítima com o autor do crime ou terceiro.

Por outro lado, alguns autores – a exemplo de Tartuce (2017), conforme exposição do tópico anterior – argumentavam, na época, ainda ser possível a extinção da punibilidade no caso do matrimônio da vítima com autor do delito, pois tal fato caracterizaria renúncia ao direito de queixa ou perdão do ofendido, pois, em regra, os crimes contra os costumes eram de ação penal privada.

A renúncia ao direito de queixa está prevista no art. 104 do Código Penal, que pode ser expressa, por meio de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 do Código de Processo Penal de 1941) ou tácita, quando o ofendido pratica ato incompatível com a vontade de apresentar queixa-crime contra o autor do delito¹⁵.

Por sua vez, o perdão do ofendido é possível de ser concedido depois de iniciada a ação penal, que também pode ser expresso, por declaração nos moldes da renúncia (art. 56 do Código de Processo Penal), ou tácito, que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação penal (art. 106, §1º do CP/40).

¹³ Salienta-se que na redação original do Código Penal de 1940 já existia a seguinte previsão: “Art. 108. Extingue-se a punibilidade: [...] VIII - pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial;”. (BRASIL, 1940).

¹⁴ Tecnicamente, em alguns casos, também havia extinção da punibilidade se o homem ofendido casasse com a autora do crime, entretanto, utilizou-se o termo “mulher” por ser este o objeto da presente monografia e por que alguns crimes contra o costume tinham apenas a mulher como sujeito passivo do delito, por exemplo, o crime de estupro, que dispunha “constranger mulher à conjunção carnal”, ou o crime de atentado ao pudor mediante fraude, que previa “induzir mulher honesta...” ou o crime de sedução que previa “seduzir mulher virgem”.

¹⁵ Código Penal de 1940:

“Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.” (BRASIL, 1940).

A outro giro, a redação original do Código Penal de 1940 trazia a figura da presunção de violência, nos seguintes termos: “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”. Far-se-á análise da alínea *a* do citado artigo (BRASIL, 1940).

A primeira vez que a legislação brasileira previu a presunção de violência foi no Código Penal de 1890, o artigo 272 disciplinou a violência ficta sempre que o ato sexual ocorresse com pessoa menor de 16 anos. Tal instituto foi criado em razão da excepcional preocupação do legislador com pessoas incapazes de consentir ou manifestar validamente seu discurso (PRADO, 2004).

Luiz Regis Prado (2004) ensina que a presunção de violência nos crimes sexuais, principalmente contra menores de idade e deficientes mentais está baseada nos estudos da Idade Média. Na época, Carpzovio estabeleceu postulado segundo o qual *quem não quer nem pode querer, dissente*, com base em duas passagens do Digesto (compilado de fragmentos de jurisconsultos clássicos escritos em latim e grego), uma de Pompônio, segundo a qual os dementes e interditos têm vontade nula e outra de Celso, na qual pupilo nem quer, nem deixa de querer.

Durante muito tempo, os doutrinadores de Direito Penal debateram sobre qual a natureza jurídica da presunção de violência - também chamada de violência ficta - se absoluta ou relativa. Na vigência do Código Penal de 1890, a exposição de motivos da Lei Penal previa a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, o completo desconhecimento do menor em relação a fatos sexuais, de modo que não se pode falar sobre consentimento. Nesse período, a ampla maioria da doutrina reconhecia a presunção absoluta de violência, *juris et de jure*, dentre eles, Chrysolito de Gusmão, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, Néilson Hungria, João Vieira, Bento de Faria, Paulo Teixeira e Macedo Soares (PRADO, 2004).

No início da vigência do Código Penal, parte da doutrina considerou que a presunção de violência continuava absoluta, entretanto, outra parte defendeu a posição de que tal presunção é relativa, apresentando os seguintes argumentos: a comissão revisora do projeto Alcântara Machado¹⁶ suprimiu a expressão “não se admitindo prova em contrário” da alínea *a* do art. 224 do Código Penal, além disso, a presunção é relativa nas demais hipóteses do citado artigo, destarte, a interpretação correta é que a alínea *a* também é relativa. Ademais, a realidade social sofreu mutações, motivo pelo qual não é mais razoável afirmar que menores de 14 anos

¹⁶ Projeto que resultou no Código Penal de 1940.

de idade são inscientes sobre sexo (PRADO, 2004). Na defesa da presunção relativa, argumenta Luiz Regis Prado (2004):

Assinale-se, ainda, que o legislador de 1940 reduziu a idade de presunção de violência de dezesseis para quatorze anos, por pressupor que os adolescentes naquela idade já dominavam, na época, muito do conhecimento da vida sexual. Decorridos mais de cinquenta anos, é mister que se faça um novo questionamento. Destarte, sob pena de conflitem lei e realidade social, “não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética”, logo, em face do conhecimento do adolescente nessa faixa etária sobre sexo, há que se relativizar a presunção legal quanto à violência.

Tal elemento é hoje predominante na doutrina, de modo que se a vítima, apesar de contar com menos de quatorze anos, é experiente em assuntos sexuais, ou se já atingiu maturidade suficiente para discernir se lhe é conveniente ou não praticar o ato libidinoso, descaracteriza-se o delito. (PRADO, 2004, p. 352-353)

Por sua vez, Julio Fabbrini Mirabete (2004) posiciona-se de modo bastante similar, afirma que a maioria da doutrina se inclina à existência de presunção relativa (*juris tantum*), concorda com tal tese e, ato contínuo, cita jurisprudências que descaracterizam o crime quando a menor de 14 anos é destinada à prostituição em logradouros públicos, não tem vida recatada, é experiente em matéria sexual, despudorada e sem moral, corrompida ou “prostituta de porta aberta”.

A outro giro, Rogério Greco (2016) expõe a divergência doutrinária e jurisprudencial que se acentuou a partir da década de 80 do século XX, entretanto, diverge do posicionamento dos autores citados anteriormente e defende a natureza absoluta da presunção de violência, pois, para o escritor, “não existe dado mais objetivo que a idade”. Ora, o Código Penal diversas vezes utiliza o critério etário tanto da vítima como do agente para, por exemplo, aumentar a pena quando o crime for praticado contra maior de 60 anos (art. 61, II, *h*), diferenciar cálculos prescricionais - reduzidos pela metade quando o agente era menor de 21 anos ao tempo do crime ou maior de 70 na data da sentença (art. 115 do Código Penal de 1940), destarte, não existe razão para se relativizar a idade adotada pelo legislador na presunção de violência. Nos termos do penalista:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei

penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo adolescente menor de 14 (quatorze) ano, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. **Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência,** a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento. (GRECO, 2016, p. 84)

Ocorre que a Lei nº 12.015/2009 revogou o artigo 224 do CP/40 e incluiu o artigo 217-A no “Capítulo II - Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”. A referida Lei excluiu, pois, o instituto da presunção de violência e inseriu o conceito de vulnerabilidade. Mais uma vez, os doutrinadores penais e a jurisprudência travaram batalha acerca na natureza jurídica da vulnerabilidade, notadamente, se ela é absoluta ou relativa, tema que se versará no tópico seguinte. Mesmo antes da alteração da legislação, o STF apresentava posicionamento contra a relativização da presunção de violência, observe-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, “A”). **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. 1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10).** 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. 3. In casu, o paciente manteve relação sexual, mediante paga, com menina de 12 (doze) anos de idade, que lhe dissera ter 18 (dezoito) anos, foi absolvido em primeira e segunda instâncias e, ante o provimento de recurso especial do Ministério Público, afastando a atipicidade da conduta e determinando ao TJ/RS que retomasse o julgamento da apelação, com o exame dos demais argumentos nela suscitados, restou condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. 4. A premissa de que a vítima dissera ao paciente ter 18 (dezoito) anos de idade, em acentuada desproporcionalidade com a idade real (12 anos), e que serviu de fundamento para indeferir a liminar nestes autos, foi extraída da própria inicial, não cabendo falar em contradição e

obscuridade nos embargos de declaração opostos contra a referida decisão, com o escopo de esclarecer que o apurado na ação penal conduzia a que a menor aparentava ter 14 anos, o que favoreceria a tese do erro de tipo. **5. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter. 6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.** (STF, HC 109206, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTIGOS 213 e 224, ALÍNEA A (NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. **MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.** REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmissível na via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. Precedentes: ARE 940.701-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/04/2016, e HC 119.091, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/12/2013.** 2. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido. (STF, HC 124830 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017)

Ademais, a Lei nº 12.015/2009 modificou a nomenclatura do título VI do Código Penal, antes denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”, para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, tal mudança significou uma evolução no tratamento do tema. Segundo Greco (2014), o foco já não era mais a forma como as pessoas deviam se comportar sexualmente

perante a sociedade no século XXI, mas sim a proteção da sua dignidade. Nesse sentido também assevera Eduardo Luiz Santos Cabette (2010):

Essa modificação inicial não é meramente terminológica, mas reflete uma mudança paradigmática social e política no trato das condutas criminosas que atentam contra a livre determinação sexual das pessoas. Doravante o objeto de tutela não são normas morais e costumes socialmente constituídos, senão a liberdade de determinação sexual do homem e da mulher, sua dignidade humana naquilo que se refere à conduta sexual. Com a alteração da nomenclatura cessa uma indevida referência machista e patriarcal que impregnava a legislação na temática dos crimes sexuais. Trata-se de uma evolução no trato da matéria, tal qual já ocorreu em legislações estrangeiras, conforme destaca Roxin com relação ao Código Penal Alemão que também alterou o capítulo correspondente denominado “Delitos e contravenções contra a moralidade” para “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual”. (CABETTE, 2010, p. 7)

Por outro lado, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi (2010) asseveram que a dignidade sexual está dividida em dois planos, quais sejam: o individual e o coletivo. Nesse sentido, deve ser respeitada a autodeterminação sexual exercida na vida privada ao mesmo tempo em que deve ser observada a dignidade sexual de pessoas que convivem na esfera pública e, por exemplo, não desejam observar a prática de determinado ato sexual, tal cautela visa também a proteger grupos vulneráveis, como crianças. Nas palavras da autora:

Nesse sentido deve ser entendida a dignidade sexual, especificidade da dignidade de pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta sexual. (GRECO; RASSI; 2010, p. 61)

Desse modo, a Lei nº 12.015/2009 trouxe diversas outras alterações significativas aos delitos sexuais, entretanto, devido ao recorte do tema escolhido, tratar-se-á de apenas algumas modificações, principalmente quando à inclusão do art. 217-A, crime denominado “estupro de vulnerável” e à modificação da ação penal. Nesse sentido, conforme já mencionado neste tópico, o artigo 225 do Código Penal de 1940 previa que a ação penal nos crimes contra o costume era, em regra, de iniciativa privada, processada mediante queixa. Observe-se o texto integral do revogado dispositivo:

Ação Penal

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação. (BRASIL, 1940)

Ainda durante a vigência do artigo citado, Luiz Regis Prado (2004) explicou que o legislador optou pela ação penal privada porque os crimes sexuais afetavam fortemente a honra e valor social das vítimas, que repetidamente preferiam o silêncio ao *strepitus judicii*. Todavia, o mesmo doutrinador asseverou que os tempos mudaram, ressaltou as conquistas sociais e históricas das mulheres, motivo pelo qual a legislação deveria ser modificada para transformar a ação penal em pública ou condicionada à representação.

Prado (2004) ressalta que tal alteração seria necessária inclusive no intuito de retirar incongruências do ordenamento jurídico, por exemplo, no crime de estupro, caracterizado como hediondo, em que não se permitia o benefício da liberdade provisória ou o direito de apelar em liberdade¹⁷, entretanto, ao mesmo tempo, era possível o perdão do acusado (art. 105 do Código Penal de 1940) ou a perempção pelo abandono de causa por parte do autor (art. 60 do Código Penal de 1940) e não era permitida a persecução penal pelo Ministério Público.

Efetivamente, o legislador pátrio entendeu pela alteração da ação penal. Nesse sentido, a Lei nº 12.015/2009 trouxe nova redação ao artigo 225 do CP/40 e estabeleceu que, em regra, a ação penal será pública condicionada à representação, significa dizer que a vítima deve expressar seu desejo de ver o agente punido por meio do que o direito chama de representação, e que, a partir desse momento o Ministério Público pode iniciar a ação penal. Observe-se o texto de lei:

Código Penal de 1940

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (BRASIL, 1940)

Finalmente, como se pode observar, o legislador entendeu que a ação será pública incondicionada nos casos em que a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, de tal

¹⁷ Atualmente é permitida a liberdade provisória em crimes hediondos, em razão das alterações trazidas pela Lei nº 11.464, de 2007 e também é possível ao sentenciado recorrer em liberdade, desde que ausentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal/1941.

alteração depreende-se que não será mais possível a renúncia ou perdão nos crimes praticados contra tais pessoas, pois são institutos incompatíveis com a natureza ação penal.

3.2.2 Natureza jurídica da vulnerabilidade *versus* objetividade fática

Neste tópico serão apresentados os elementos e características do tipo penal estupro de vulnerável, a discussão sobre a natureza jurídica da vulnerabilidade ou e a objetividade fática do artigo 217-A do CP/40 na doutrina e jurisprudência, bem como o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Observe-se a redação do dispositivo:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Art. 217-A. **Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:**
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
 § 2º **(VETADO)**
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
 § 4º Se da conduta resulta morte:
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).

No tocante ao sujeito ativo do crime, o estupro de vulnerável é crime comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, inclusive contra pessoa do mesmo sexo (BITENCOURT, 2014). Quanto ao sujeito passivo, deve ser qualquer pessoa na qualidade ou condição especial de vulnerabilidade (BITENCOURT, 2014). A primeira hipótese trazida pela legislação é o menor de 14 anos (JESUS, 2011). Não incidirá o crime em debate no dia em que a vítima completa quatorze anos, pois o texto penal fala em *menor* de 14 anos, ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso no dia do aniversário da vítima é, pois, fato atípico, nesse sentido Damásio de Jesus (2011), Greco (2016), Capez (2012).

Jesus (2011) ressalta que no dia do aniversário de 14 anos, o adolescente será vítima de crime sexual apenas em duas hipóteses. A primeira decorrente de ato voluntário, todavia, em que o púbere esteja em situação de prostituição ou outra forma de exploração sexual, restará caracterizado o art. 218-B, § 2º, I, do CP/40¹⁸. A segunda hipótese é no caso de contato sexual

¹⁸ CP/40: “Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. (Redação dada pela Lei nº 12.978, de 2014)
 Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

contra a vontade do sujeito passivo, ocasião em que estará caracterizada a violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP/40¹⁹) ou o crime de estupro qualificado (art. 213, §1º, do CP/40)²⁰ - do contrário resultaria no absurdo de existir o estupro simples no dia do aniversário da vítima e no dia seguinte a forma qualificada.

Além disso, as pessoas com enfermidade ou deficiência mental também são sujeitos passivos do crime em estudo, desde que não possuam discernimento suficiente para expressar vontade de manter relações sexuais, se esse não for o caso, o deficiente pode exercer livremente sua sexualidade, aliás, garantida expressamente no artigo 6º, II, e 8º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por fim, também há vulnerabilidade quando, por qualquer motivo, a vítima não puder oferecer resistência, não importa se a causa foi motivada pelo agente ou não.

No tocante aos elementos objetivos do tipo, eles são “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso”. Conjunção carnal é penetração do órgão sexual masculino na vagina. Ato libidinoso é toda ação que vise ao prazer sexual, ato lascivo e voluptuoso destinado à satisfação sexual, por exemplo, sexo anal e oral. Quanto aos elementos subjetivos do tipo, o estupro de vulnerável somente é punível a título de dolo, é imprescindível a vontade e consciência de realizar os elementos objetivos, o agente deve, pois, conhecer a situação de vulnerabilidade do sujeito passivo, sob pena de tornar a conduta atípica (JESUS, 2011).

Por exemplo, se o autor tiver relação sexual consentida com menor de 14 anos, sem saber que se tratava de menor de idade por motivos razoáveis (pessoa em festa destinada a maiores de 18 anos, consumindo bebida alcoólica e afirmando ser estudante universitária), haverá erro sobre os elementos tipo, previsto no artigo 20, *caput*, do Código Penal de 1940: “o

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;” (BRASIL, 1940).

¹⁹ CP/40: “Violação sexual mediante fraude (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.” (BRASIL, 1940).

²⁰ CP/40: “Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.” (BRASIL, 1940).

erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. (BRASIL, 1940).

A consumação se dá com a realização do ato libidinoso ou da conjunção carnal – não importa se a penetração foi parcial – pois se trata de delito de mera conduta ou simples atividade, a lei não exige resultado naturalístico, isto é, alteração no mundo exterior provocada pela conduta (JESUS, 2011). É possível a forma tentada quando iniciada a execução, o crime não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente (CUNHA, 2014).

As qualificadoras por resultado são lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1º e 2º) e morte, previstas no art. 217-A, §§ 2º e 3º do CP/40. As causas de aumento de pena estão previstas no art. 226 e 234-A do Código Penal/1940, são elas: a) aumento de quarta parte, se o crime for cometido em concurso de pessoas; b) aumento de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; c) aumento de metade, se resultar em gravidez; d) de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Finalizados os comentários sobre as principais características do estupro de vulnerável, passar-se-á ao debate sobre a natureza jurídica da vulnerabilidade. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2012) defende que o conceito de vulnerabilidade deve ser interpretado como relativo, pois a mudança terminológica trazida pela Lei nº 12.015/2009 não é suficiente para que a vulnerabilidade seja absoluta – o autor se refere à antiga redação do artigo 224 do Código Penal, que trazia a figura da presunção de violência.

O doutrinador em questão considera o legislador retrógrado e questiona a escolha de 14 anos de idade para caracterização da vulnerabilidade no artigo 217-A do Código Penal/1940, isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define a pessoa até os doze anos de idade incompletos como criança, e adolescente entre doze e dezoito anos (art. 2º, ECA). Nesse sentido, defende que a vulnerabilidade é absoluta quando se tratar de menor de 12 anos e relativa em se tratando de pessoa com 12 anos ou mais. Dessa forma, segundo o autor, o consentimento da vítima de 12 ou 13 anos, desde que entenda sobre sexo e que não haja violência real, é suficiente para caracterizar a atipicidade do crime de estupro de vulnerável, nas palavras do autor:

A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar

ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação (NUCCI, 2012, p. 967).

Aproximadamente na mesma perspectiva, o autor Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, considera que a modificação da Lei nº 12.015/2009 foi apenas uma estratégia do legislador contemporâneo na “pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei” (BITENCOURT, 2014, p. 1002) ou mesmo uma dissimulação do instituto da violência presumida para tentar impedir a orientação do Supremo Tribunal Federal na relativização da presunção de violência, nos termos abaixo transcritos:

De notar-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constata-se que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), destacando expressamente as causas que levaram à presunção de violência; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência* porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei. [...] Trata-se, inequivocamente, de uma tentativa, dissimulada, de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal, sobre a *relatividade da presunção de violência* contida no dispositivo revogado (art. 224) (BITENCOURT, 2014, p. 1002, grifos no original)

Por sua vez, Jesus (2011) acredita que a revogação do artigo 224 e a inclusão do artigo 217-A no CP/40 tiveram como objetivo impedir a interpretação da relativização da presunção de violência contra menores de 14 anos, entretanto, considera que tal posicionamento ainda é válido, pois quando há relação sexual consentida, inexistente efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual. Ademais, lembra que as outras hipóteses de estupro de vulnerável exigem que as vítimas não possuam o necessário discernimento para o ato libidinoso, portanto, na lógica do autor, o mesmo critério também deve ser utilizado ao menor de 14 anos. Observe-se a literalidade do penalista:

Com respeito à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, o escopo da mudança foi o de impedir a subsistência do entendimento segundo o qual a realização de atos sexuais voluntários com adolescentes menores de 14 anos pudesse ser considerada atípica, por ser relativa a presunção de violência em tais casos. Parece-nos, todavia, que o entendimento mencionado ainda encontrará embasamento jurídico. Realmente, não se pode perder de vista que um comportamento somente adquire relevância penal quando formal e materialmente típico. É insuficiente, portanto, que a conduta se amolde às

elementares do dispositivo incriminador, sendo que haja, além disso, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido (JESUS, 2012, p. 156).

Partilhando de alguns pontos em comum com os autores citados, Greco e Rassi (2010) explicam que as hipóteses do art. 217-A não tratam de presunção, mas sim integram a descrição típica do crime, afirmam que o legislador estabeleceu, pois, o critério biológico, no qual o menor não tem liberdade, ou se tem, não possui discernimento para exercê-la. Todavia, os doutrinadores defendem que não se trata de um elemento de natureza absoluta, por isso, o critério de idade é absoluto apenas quando se trata de criança nos termos do ECA (menor de 12 anos) e relativo em se tratando de adolescente, situação em que se deve analisar o caso concreto.

Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa (2011) defendem que as alterações do Código Penal serviram para além de manter, elevar a presunção de violência à condição de crime (art. 217-A do Código Penal de 1940), que deve ser interpretada como relativa, pois pessoas com 12 ou 13 anos podem ter amadurecimento o suficiente para decidir sobre sua liberdade sexual.

A despeito do posicionamento dos autores citados, a exposição de motivos do projeto que desembocou na Lei nº 12.015/2009 foi clara ao demonstrar que o objetivo da lei nesse ponto era exatamente sepultar o debate sobre a presunção de violência, pois, na época (2004), ainda havia muitas decisões dos magistrados e Tribunais do Brasil inteiro que consideravam a presunção de violência como relativa. A exposição de motivos propõe a alteração legislativa para não mais se tratar do mérito da violência e presunção, tão logo estabelecer objetividade fática na redação no crime de estupro de vulnerável, observe-se:

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra a adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. **Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. (Legislação Informatizada - Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 - Exposição de Motivos, 14/09/2004)**

Destarte, não deve prevalecer o argumento de que o legislador democrático foi dissimulado na alteração de artigos para manter os mesmos institutos, pelo contrário, o projeto de Lei nº 253/2004 que desembocou na edição da Lei nº 12.015/2009 surgiu de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada no Congresso Nacional para investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil (GRECO, 2016). Nesse sentido, uma interpretação sistemática permite afirmar que o objetivo da Lei nº 12.015/2009, sempre foi, desde sua origem, dar maior proteção às crianças e adolescentes no Brasil.

Este também é o argumento de Rogério Sanches Cunha (2017), em consonância com a exposição de motivos da Lei nº 12.015/2009, no sentido de que não há que se falar em presunção, seja de violência, seja de vulnerabilidade, tampouco na relativização de tais conceitos, mas sim na objetividade fática do artigo 217-A do Código Penal, que proíbe a conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra menor de 14 anos e não deixa espaço para tergiversações, nesse sentido:

Leciona a maioria da doutrina não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de 14 anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a presunção de violência. Fosse para perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração (CUNHA, 2017, p. 498-499).

Na mesma perspectiva, os autores Celso Delmanto et al. (2016) afirmam que não se fala mais em presunção e ratificam que o crime de estupro de vulnerável resta caracterizado independentemente de consentimento da vítima ou da ausência de violência real, pois a lei é clara ao proibir relações sexuais com menores de 14 anos. Ademais, consideram que a idade de 14 anos foi uma escolha acertada do legislador, que não pode ser relativizada com base no ECA, ora, a lei não fala “criança”, mas sim “menor de 14 anos”. Veja-se:

Trata-se este art. 217-A de um tipo especial de estupro, voltado à proteção do menor de 14 anos. Com a revogação do antigo art. 224 do CP, que previa para essa hipótese a chamada presunção de violência, objeto de inúmeras discussões (principalmente se ela era relativa ou absoluta), basta, agora, para a configuração desse grave crime que a vítima tenha menos de 14 anos e o agente saiba dessa circunstância. [...] Não é possível haver relativização diante da conduta da vítima. A lei penal é clara: é proibido manter relação sexual com menor de 14 anos. Mesmo que não haja violência, tendo o menor concordado com o ato sexual, o maior de 18 anos que, sabedor da idade inferior a 14 anos do ofendido, mantenha relação sexual com ele, cometerá o crime deste art. 217-A, caput. Se

houver violência física, com lesões graves ou morte, o crime será mais grave (§§ 3a e 4a) (DELMANTO et al, 2016, 1.039)

Greco (2016), por sua vez, cita os argumentos de Guilherme de Souza Nucci - já expostos neste tópico – e discorda do autor. Explica que a determinação da idade foi uma escolha político-criminal do legislador, além disso, assim como Cunha (2017), salienta que o tipo penal nada presume, apenas proíbe conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. A idade é, pois, critério objetivo para a análise da figura típica. Nas palavras do autor:

Com a devida vênia, ousamos discordar do renomado autor [Nucci]. Isto porque, como dissemos acima, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo penal não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal [...] existe um critério objetivo para a análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima [...] (GRECO, 2016, p. 85)

Costa Machado (2017), por sua vez, explica que antes da Lei nº 12.015/2009 não havia tipo específico, era necessário combinar o art. 213 e 214 com o artigo 224, todos do Código Penal/1940, para que houvesse a punição daqueles que tivessem relações sexuais com menores de 14 anos. No artigo 224 do Código Penal/1940, o intérprete considerava a violência ficta ou presumida, pois o consentimento do menor não era válido. No artigo 217-A do Código Penal/1940, não há a figura da presunção, pois a prática sexual com menor de 14 anos configura crime autônomo. Explica que a nova figura se justifica pela fragilidade das vítimas, que não possuem maturidade suficiente para o envolvimento sexual, ademais, lembra que prescinde de violência para caracterizar o tipo penal.

Guaracy Moreira Filho (2012) afirma que o ordenamento jurídico não comporta mais discussão sobre a natureza jurídica da presunção de violência, admite as divergências na doutrina e jurisprudência, mas posiciona-se favorável às mudanças no Código Penal de 1940:

O dia a dia, contudo demonstra que nesses casos por mais esperta que pareça a criança ou por mais promíscuo que seja o ambiente em que vive, ainda é uma pessoa imatura e, assim, facilmente sugestível e vulnerável, sem plenas condições de discernir a respeito dos fatos da vida, notadamente os de natureza sexual. Seu consentimento para o ato sexual não pode ser considerado válido a ponto de justificar uma excludente. Andou bem, portanto, em nosso sentir, o legislador pátrio ao revogar expressamente a presunção de violência contida no art. 224 do CP. (MOREIRA FILHO, 2012, p. 401)

Da mesma forma que os últimos autores citados, Cabette (2010) também defende que a ideia do legislador foi contornar a polêmica acerca da presunção de violência, estabelecendo a condição de ilícito em ter conjunção carnal com menor de 14 anos, critica duramente a corrente defensora de que a mera discriminação por idade seria uma manifestação autoritária e moralista injustificável nos costumes sexuais da sociedade brasileira, pois, para ele, a insistência em adequar o novo tipo penal à interpretação da presunção de violência é uma doença crônica da hermenêutica jurídica brasileira, na qual os intérpretes analisam as mudanças de forma que tudo continue como era antes, esquecendo os anseios populares que ensejaram a modificação da lei. Nas palavras do autor:

A insistência de alguns em ajustar o atual Estupro de Vulnerável aos antigos parâmetros interpretativos da “presunção de violência” nada mais é do que a manifestação daquilo que Barbosa Moreira chama de “interpretação retrospectiva”, a qual pode ser apontada como uma verdadeira doença crônica da hermenêutica nacional. Intenta-se interpretar um texto novo de modo que ele não provoque nenhuma mudança, mantendo-se tão semelhante quanto possível ao texto revogado ou alterado. [...] Nesse contexto é inegável que o legislador pretendeu criminalizar a simples conduta de manter relações sexuais com menores de 14 anos, sendo o elemento do tipo penal comprovado pela documentação nos autos da idade da vítima por meio de documento hábil (v.g. certidão de nascimento). Quaisquer outras exigências extrapolam o texto legal e chocam-se com o nítido anseio popular pelo rigor na repressão de condutas sexuais perpetradas envolvendo menores [...] Ademais, também nada indica que nem a intenção do legislador, nem a expectativa popular com a edição da nova legislação seja colocar em prática de alguma maneira a fórmula de Lampedusa, segundo a qual se processam mudanças para que tudo continue como era antes. (CABETTE, 2010, p. 42, 47-48)

Finalmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, nos dias atuais, notadamente do STJ se coaduna com a última corrente doutrinária exposta, pois consolidou a tese de que o consentimento da vítima, seu grau de maturidade, bem como sua possível experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a ofendida não afastam a ocorrência do crime de estupro vulnerável, no recente julgamento em Recurso Repetitivo, tema 918, Resp nº 1480881/PI, que ensejou a edição do enunciado nº 593 da súmula do STJ em outubro de 2017, observe-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E

**CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.
RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade".

Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.

No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

(STJ, REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

Repita-se, o Superior Tribunal de Justiça, verificando a controvérsia nas decisões judiciais brasileiras, diante de vários casos similares levados à apreciação da corte, não sendo suficiente o julgamento em recurso repetitivo acima indicado, decidiu editar o Enunciado nº 593 da Súmula do STJ, publicado em novembro de 2017, a fim de orientar os demais tribunais pátrios no sentido de que existe objetividade fática no comando do artigo 217-A do Código Penal, pois não importa se a menina ou menino já mantinham relações sexuais com outras pessoas, bem como o consentimento da vítima também é penalmente irrelevante para a caracterização do tipo. Observe-se o texto do Enunciado:

SÚMULA Nº 593 DO STJ: O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não possui súmula sobre o tema, mas sua jurisprudência recente está consolidada no sentido de que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do crime estupro de vulnerável, além disso, o último julgado sobre o tema afirma que há presunção absoluta de violência tanto no revogado artigo 224, quanto no atual artigo 217-A, ambos do Código Penal. Observem-se os acórdãos:

Penal. Habeas Corpus originário. Estupro de vulnerável. **Consentimento da vítima menor de 14 anos. Irrelevância.** Ausência de ilegalidade ou abuso de

poder. **1. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que, para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos.** 2. Habeas Corpus indeferido, revogada a liminar.

(STF, HC 122945, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 03-05-2017 PUBLIC 04-05-2017)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. 3. Incidência das súmulas 282 e 356. 4. Indeferimento da prova testemunhal. Ausência de repercussão geral (Tema 424). 5. Alegação de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Inexistência de repercussão geral da matéria quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660). Ofensa indireta ao texto constitucional. **6. A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009.** Precedentes. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE 940701 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 11-04-2016 PUBLIC 12-04-2016)

Destarte, a interpretação mais adequada às alterações do Código Penal, bem como ao ordenamento jurídico vigente de proteção à criança é de que existe objetividade fática no artigo 217-A do CP/40 e um dever geral de abstenção de práticas sexuais com menores de 14 anos de idade, independentemente de consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou relacionamento amoroso com o agente, conforme orienta a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, principalmente o STJ.

4 IMPOSSIBILIDADE DO SUPRIMENTO JUDICIAL DE IDADE EM RAZÃO DA GRAVIDEZ DE MENINA MENOR DE 14 ANOS

O Brasil possui um vasto arcabouço de proteção à criança e ao adolescente, desde o princípio do melhor interesse presente na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil, do princípio da absoluta prioridade previsto expressamente na Constituição da República de 1988 até a proteção integral trazida no ECA.

Tais princípios, a hermenêutica estrutural de Miguel Reale e a objetividade fática aplicada ao art. 217-A do CP/40, a aparente dicotomização do público e do privado, a aplicação do critério cronológico de resolução de antinomia e a concepção do Direito como ordenamento jurídico proposto por Norberto Bobbio, a perspectiva do Direito como integridade e comunidade de princípios de Ronald Dworkin permitem afirmar que não é possível o suprimento judicial de idade em razão da gravidez de meninas menores de 14 anos.

4.1 Os direitos das crianças

Neste tópico falar-se-á brevemente dos direitos das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico nacional e nos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, especialmente quanto aos princípios do melhor interesse, da absoluta prioridade e da proteção integral da criança e do adolescente, pois serão parâmetro para a interpretação do problema sugerido neste trabalho monográfico.

A vontade internacional de se reconhecer direitos específicos à infância foi exteriorizada pela primeira vez na Declaração de Genebra de 1924, nos seguintes termos: “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, por sua vez, destaca “o direito a cuidados e assistência especiais” às crianças. A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determina que “a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança” (Pereira, 2000).

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969, define que pessoa é todo ser humano e especifica os direitos das crianças em seu artigo 19, literalmente: “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 678/1992.

Por sua vez, a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, segundo UNICEF BRASIL (2017), é o mecanismo de direitos humanos mais aceito na história, foi ratificado por

196 países, com exceção apenas dos Estados Unidos. No Brasil, foi promulgado pelo Decreto 99.710/90 e traz em seu artigo 3.1 a previsão do princípio do melhor interesse da criança. A autora Tânia da Silva Pereira (2000) esclarece que existe uma divergência entre o texto original da Convenção e o texto oficial traduzido pelo Brasil. Aquele traz o termo “the best interest”, que sugere um conceito qualitativo, enquanto este traz a expressão “interesse maior” aponta um critério quantitativo. Observem-se abaixo os documentos em português e inglês:

Convenção sobre os Direitos da Criança.

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança.**” (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Convention on the Rights of the Child

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the **best interests** of the child shall be a primary consideration. (OHCHR, 1989, grifo nosso)

Em que pesem as divergências entre os textos citados, assim como Pereira (2000), também se adotará o critério qualitativo do melhor interesse, em razão do conteúdo da Convenção, bem como as orientações constitucionais e infraconstitucionais adotadas pelo ordenamento jurídico. Ora, o artigo 5º, §2º, da Carta Mãe determina que os direitos e garantias presentes na Constituição da República não excluem outros advindos dos princípios adotados por ela, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Definir em que consiste o melhor interesse da criança é tarefa deveras difícil, pois, como assevera a autora Tânia da Silva Pereira (2000), apesar de ser pacífica a utilização do princípio, notadamente em relação à prevalência dos interesses da criança em detrimento da vontade dos pais, não existem parâmetros uniformes do que seja o “melhor interesse”, isso implica na dificuldade e perigo da aplicação do princípio pelos magistrados, pois, uma vez fundado na subjetividade do juiz, abre margem para discricionariedades. Nas palavras da doutrinadora:

O princípio do melhor interesse da criança nos coloca, inúmeras vezes, em face de dilemas os quais se apresentam como permanentes desafios.

Como ressaltamos neste trabalho, ele dá ao juiz um poder discricionário ilimitado e não fornece um guia seguro quando tratamos de questões como o ônus da prova e presunções; nunca podemos estar certos de que a conclusão de um Tribunal não é senão o reflexo dos valores pessoais do juiz.

Estudiosos em todo o mundo têm se esforçado para formular parâmetros que possam servir à criança e que sejam levados em consideração, quando se está diante de disputas e colisões de interesses. (PEREIRA, 2000, p. 88-89)

Além dos tratados e convenções internacionais citados, as Regras de Beiyng – Resolução 40.33 da Assembleia Geral da ONU de 29/11/85 - determinam as regras mínimas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, as Diretrizes de Riad e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade de 1990 também compõem os documentos internacionais do século XX de proteção às crianças, que, embora não ratificados pelo Brasil, tiveram seus princípios adicionados ao Estatuto da Criança e do Adolescente (PEREIRA, 2000).

O artigo 227 da Constituição da República, por sua vez, assegura a absoluta prioridade da criança e adolescente, dever da família, da sociedade e do Estado, também prevista no artigo 4º do ECA. Para Wilson Donizeti Liberati (2010), absoluta prioridade significa o dever de garantir todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado, a criança e o adolescente deverão, pois, estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes e da sociedade em geral. Veja-se o texto da Constituição e do ECA:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Estatuto da Criança e do Adolescente
Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Já o artigo primeiro do ECA assevera: “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990). Liberati (2010) explica que o ECA revolucionou o direito infanto-juvenil, pois a adoção da teoria da proteção integral surgiu para romper com a teoria da situação irregular ou o direito tutelar do menor, que existia na Lei nº 6.697/1979, antigo Código de Menores. Destarte, as crianças e adolescentes deixam de ser objetos das medidas judiciais e passam a sujeito de direitos fundamentais.

Finalmente, o artigo 6º do ECA²¹ determina que a interpretação do próprio estatuto deve levar em conta os fins sociais da lei, o bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Liberati (2010) lembra ainda que tal previsão se assemelha ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²², pois o intérprete deve sempre buscar uma interpretação teleológica do texto normativo, isto é, as finalidades que a Lei pretende alcançar.

4.2 Exercício hermenêutico

Ressaltou-se no segundo capítulo que a interpretação mais adequada ao crime de estupro de vulnerável é o da objetividade fática do tipo penal, em consonância com a doutrina citada e o STJ, isto é, não se fala em presunção, mas dever geral de abstenção de práticas sexuais com menores de 14 anos. Diante de tal afirmação, seria possível ao magistrado deferir o suprimento judicial de idade em razão da gravidez de menina com 13 anos de idade ou menos? Até que ponto a esfera penal se relaciona com a esfera cível para impedir ou possibilitar o suprimento? A resposta a essas questões exige um exercício hermenêutico, que se fará a seguir.

Norberto Bobbio (1995) propõe uma Teoria da Norma Jurídica e uma Teoria do Ordenamento Jurídico. Explica que esta surgiu de uma integração daquela na busca pelo conceito de Direito, isso porque, segundo o autor, não é possível conceber um conceito satisfatório do Direito a partir da norma jurídica isoladamente, mas apenas do ponto de vista do ordenamento jurídico, uma vez que a norma jurídica nunca existe sozinha, mas invariavelmente num contexto de particularidades entre si, o contexto das normas é chamado de ordenamento. Nas palavras do doutrinador:

Dissemos que a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. Entretanto, devemos precisar de antemão que fomos levados necessariamente a essa integração pelos resultados a que chegamos na busca de uma definição do Direito, realizada na obra anterior. Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do Direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam

²¹ LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (BRASIL, 1990).

²² DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 5º “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL, 1942).

exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico. (BOBBIO, 1995, p. 22).

Para Bobbio, o conceito de norma jurídica está diretamente atrelado ao de ordenamento jurídico, que tem problemas próprios. Explica-se: ele define norma jurídica como aquela em que a execução é garantida por sanção externa e institucionalizada (BOBBIO, 1993). Ora, dizer que sanção jurídica é apenas a institucionalizada, corresponde a dizer que o Direito só existe dentro de uma organização, grande ou pequena, mas um completo sistema normativo. Destarte, o conceito de direito não foi buscado dentro do elemento da norma jurídica isoladamente, mas num complexo de normas, um sistema normativo (BOBBIO, 1995). Literalmente:

Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo "direito", na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma. (BOBBIO, 1995, p. 31).

Dessa forma, o italiano explana que se um ordenamento jurídico é composto de várias normas, os principais problemas do ordenamento decorrem das relações das diversas normas entre si. Um dos problemas apontados por Bobbio, que interessam a este trabalho monográfico, é a questão das antinomias jurídicas, a partir dessa discussão pode-se responder se o ordenamento constitui efetivamente um sistema jurídico ou não (BOBBIO, 1995).

Ao estudar sistema, Bobbio sugere um exame das poucas teorias anteriormente formuladas, especialmente a do austríaco Hans Kelsen (1999), este divide os tipos de sistema em estático e dinâmico. O sistema estático é aquele em que as normas se relacionam entre si devido ao seu conteúdo; sistema dinâmico é aquele em que não importa o conteúdo das normas, mas sim se tais normas obedeceram à determinada formalidade exigida para que sejam consideradas válidas. Para Kelsen (1999), o ordenamento jurídico pertence ao sistema dinâmico, pois dentro da forma adequada cabe qualquer conteúdo:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são

criadas de conformidade com esta norma fundamental. **Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.** (KELSEN, 1999, p. 139, grifo nosso).

Sobre tal assertiva, Bobbio (1995) faz a seguinte crítica: se basta analisar a forma, significa que num sistema dinâmico podem existir duas normas diametralmente opostas se as duas foram emanadas por autoridade competente. Ora, um ordenamento com normas conflitantes pode ser chamado de sistema? Bobbio (1995) apresenta três conceitos de sistema, o principal e utilizado por sua teoria é que sistema é uma totalidade ordenada, para que haja ordem é necessário que as normas que compõem o sistema sejam compatíveis entre si, assim, se houver incompatibilidade entre normas, uma ou duas precisam ser eliminadas para que subsista a coerência do ordenamento jurídico como um sistema normativo.

Para o conceito de sistema jurídico acima exposto, o Direito não tolera antinomias, pois estas são justamente a situação de incompatibilidade das normas entre si, que podem ser observadas em três casos: a) entre uma norma que ordena fazer algo e outra norma que proíbe fazê-lo – relação de contrariedade; b) entre uma norma que ordena fazer e uma que permite não fazer – relação de contraditoriedade; c) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer – relação de contraditoriedade (Bobbio, 1995).

Além das situações acima expostas, para que exista antinomia ainda é preciso verificar se as normas em contradição ou contraditoriedade existem no mesmo ordenamento e se possuem o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material. Assim, as antinomias também podem ser total-total – quando em nenhum caso pode-se aplicar uma sem conflitar com a outra; parcial-parcial – quando conflitam apenas em determinado ponto e noutro inexistente conflito; ou total-parcial – quando a primeira norma não pode ser aplicada sem entrar em conflito com a segunda, mas a segunda tem uma esfera de aplicação que não conflita com a primeira (BOBBIO, 1995).

No problema que se propôs estudar nesta monografia existe uma relação de contraditoriedade entre uma norma que proíbe fazer e outra que permite fazer, pois o artigo 217-A do Código Penal/1940 proíbe manter relações sexuais com menores de 14 anos e o artigo 1.520 do Código Civil/2002 permite manter tais relações dentro do contexto matrimonial. Ora, o Código Civil permite casar na hipótese de gravidez, além disso, é natural que existam relações sexuais entre os cônjuges, o que se pode afirmar com base nas regras de experiência ordinária²³.

²³ Código de Processo Civil/2015: “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.” (BRASIL, 2015).

Além disso, as duas normas pertencem ao mesmo ordenamento, qual seja, o jurídico, e possuem o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material.

Assim, pode-se afirmar que a contraditoriedade entre o artigo 217-A do CP/40 e do artigo 1.520 do CC/02 é um tipo de antinomia parcial-parcial, pois somente haverá conflito entre tais normas quando houver pedido de suprimento judicial de idade em razão da gravidez de menina menor de 14 anos. Se tal pedido envolver menina com 14 anos ou mais, não haverá conflito, pois não é crime manter relações sexuais com essas pessoas. Resta saber como resolver tal antinomia segundo a teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio.

Bobbio (1995) apresenta três critérios: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. O critério cronológico estabelece que entre duas normas incompatíveis, prevalece a posterior, inclusive, a lei brasileira trata sobre o tema, pois estabelece na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 2º, § 1º: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (BRASIL, 1942). O critério hierárquico é aquele pelo qual prevalece norma hierarquicamente superior e o critério da especialidade é aquele em que prevalece norma especial sobre norma geral, em caso de conflito.

Assim, os artigos 217-A do CP/40 e 1.520 do CC/02 são gerais, por isso não se aplica o critério da especialidade; possuem a mesma hierarquia, pois o Código Civil/2002 é lei ordinária e o Código Penal, em que pese ser decreto-lei, foi recepcionado pela Constituição da República como lei ordinária. A essa antinomia deve ser aplicado o critério cronológico, pois o artigo 217-A foi inserido no Código Penal de 1940 pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, é mais recente, portanto, que a redação do artigo 1.520 dada pela entrada em vigor do Código Civil de 2002. Destarte, deve prevalecer a redação do artigo 217-A do CP/40 que proíbe conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, motivo pelo qual não é possível o suprimento judicial de idade nesses casos.

Da mesma forma, o critério cronológico também deve ser aplicado ao aparente conflito entre a redação do artigo 1.520 do CC/02 e as alterações trazidas pela Lei nº 11.106/2005 que revogou os incisos VII e VIII do art. 105 do CP/40. No capítulo anterior mostrou-se o posicionamento da maioria dos autores civilistas consultados que defenderam a derrogação tácita da primeira parte do artigo 1.520 do CC/02 que dispõe ser possível o casamento antes de alcançada a idade núbil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.

Relembre-se: tal posicionamento dava-se porque os incisos revogados traziam a possibilidade de extinção da punibilidade pelo casamento do autor com a vítima ou mesmo do

casamento da vítima com terceiro. Observe-se que as hipóteses de extinção da punibilidade são apenas aquelas trazidas expressamente pela lei penal, se não houver previsão legal, não é possível extinguir a pena. Nesse sentido, se tais hipóteses foram retiradas pelo legislador penal pátrio, o jurista fica impedido de aplicar tais causas para extinguir a pena.

A revogação de tais hipóteses de extinção da punibilidade cria uma antinomia no ordenamento, pois a ausência delas torna o texto da primeira parte do artigo 1.520 vazio. Ora, em que pesem participarem do mesmo ordenamento (o jurídico) e possuírem o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material, a Lei nº 11.106/2005 é especial em relação ao Código Civil/2002, pois não é matéria civilista tratar de extinções da punibilidade.

Nesse sentido, a antinomia entre o artigo 1.520 do Código Civil de 2002 e a Lei nº 11.106/2005 que revogou os incisos VI e VII do artigo 105 do Código Penal revolve-se tanto pelo critério da especialidade, quanto pelo critério cronológico, para fazer prevalecer a revogação da lei penal e a derrogação tácita da primeira parte do artigo 1.520 do Código Civil/2002.

A outro giro, Miguel Reale (2002) explica que as diversas acepções da palavra direito usadas ao longo da história humana revelam que há aspectos ou elementos complementares na experiência jurídica. Assim, Direito é “uma ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum” (REALE, 2002, p. 56), pois todas as regras sociais ordenam determinada conduta, a forma do direito ordenar é bilateral e atributiva, estabelecendo relações de exigibilidade numa proporção objetiva que visa não somente a satisfação dos indivíduos em si, mas uma convivência ordenada, que é o bem comum. O autor em questão lembra que bem comum não é a soma de todos os bens individuais, tampouco a média do bem de todos, mas sim “a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos” (REALE, 2002, p. 56).

Além disso, Miguel Reale (2002) apresenta sua teoria tridimensional, pela qual direito é fato, valor e norma. O aspecto fático decorre da aceção do direito como fato, algo que existe concretamente no mundo real ou sua efetividade social e histórica; o aspecto axiológico decorre do Direito como valor de justiça e o aspecto normativo é o Direito como ciência e ordenamento jurídico. Desse conceito de Direito surge a hermenêutica estrutural, que se discorrerá nos parágrafos seguintes, antes disso, é preciso compreender algumas técnicas de interpretação que antecederam a teoria de Reale.

Um dos primeiros movimentos que se dedicou ao estudo hermenêutico foi a Escola da Exegese, surgida no século XIX, ela defendia que a lei possuía todos os elementos

necessários à aplicação do Direito, era preciso apenas saber interpretar, extrair o significado pleno do texto da lei positiva que seria possível resolver todos os casos da vida social. Desse modo, a interpretação deveria ser realizada sob um aspecto literal ou gramatical e lógico sistemático (REALE, 2002).

O aspecto gramatical consistia em extrair a realidade morfológica e sintática do texto, a partir de uma interpretação imparcial dos conceitos da legislação. O aspecto lógico-sistemático estava na interpretação lógica das frases e sistemática porque cada disposição legal encontra-se dentro de um capítulo ou título distinto, portanto, sua interpretação também depende da sua localização dentro da lei. Respeitados tais critérios, era possível extrair a interpretação em conformidade com a intenção original do legislador, tema da Escola da Exegese (REALE, 2002).

Confrontada com as rápidas mudanças sociais, a interpretação gramatical não foi suficiente para resolver os casos da vida real que desafiavam a hermenêutica mais plena do sentido da lei, nesse contexto, surgiu a Escola Histórica de Savigny, defendendo uma interpretação histórica, pois a lei é consequência de uma realidade histórica que se modificava pelo decurso do tempo. Destarte, assim como mudavam os anseios que ensejaram a criação da lei, a interpretação dela também poderia mudar para acompanhar as evoluções sociais (REALE, 2002).

Desse modo, era importante extrair a vontade do legislador, mas não somente, também era salutar adequar a lei a situações posteriores não imaginadas pelo legislador. Essa ideia percorreu outros países, com algumas modificações a depender do contexto do país. Na Alemanha, havia a Escola Pandectista, menos ligada à lei positivada, dava importância aos usos e costumes e buscava saber qual seria a possível intenção do legislador se vivesse na época do intérprete. Na França, por sua vez, Gabriel Saleilles contribuiu com a interpretação histórico-evolutiva, incluindo a ideia de que a lei, depois de expedida, desprende-se da figura do legislador, passa a ter vida própria, recebe as influências do ambiente e se molda e modifica conforme elas (REALE, 2002).

Ocorre que nem sempre a lei podia ser interpretada de tal forma evolutiva até que se resolvesse o caso concreto, foi quando surgiu, na França, um movimento chamado Livre Pesquisa do Direito, idealizado por François Gény. Este jurista se apegava à interpretação exegética, entretanto, afirmava que se não fosse possível tal hermenêutica, o juiz deveria socorrer-se ao costume e à analogia, se ainda assim a questão não fosse resolvida, o magistrado poderia fazer uma livre pesquisa do Direito, baseado na observação dos fatos sociais e desde

que editasse normas compatíveis com o ordenamento jurídico. Tal ideia foi difundida, ganhou adeptos e novos doutrinadores pelo mundo (REALE, 2002).

Sucedeu que, em 1906, Hermann Kantorowicz publicou na Alemanha a obra *A Luta pela Ciência do Direito* que serviu de base para o movimento do Direito Livre ou Direito Alternativo, ideia muito mais radical que a de François Gény, pois Kantorowicz acreditava que o magistrado deveria julgar conforme a ciência e sua consciência, independentemente da existência de lei ou mesmo contra ela, abrindo margem ao “pleno domínio do arbítrio do intérprete” (REALE, 2002, p. 206).

O brasileiro Miguel Reale (2002), por sua vez, propôs a hermenêutica estrutural na qual defende que a interpretação da lei importa primeiramente em compreender a plenitude de seus fins sociais, para que se possa determinar o significado de cada um de seus dispositivos. Nesse sentido, o autor explica que não deve prevalecer a teoria da interpretação pela qual as ideias eram explicadas por associação de imagens, partindo de um preceito para depois reuni-los e obter o sentido global da lei. Ao contrário, Reale explica que o preceito não pode ser separado do significado total da lei, pois o processo interpretativo não pode ser construído mecanicamente num encaixe de partes até obter o todo.

Significa dizer que para obter o sentido de cada preceito na legislação brasileira é necessário o compreender em relação ao significado total da lei no qual está inserido, sua análise não pode ser feita isoladamente, pois pertence à estrutura da lei, conseqüentemente, à estrutura do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor:

Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na *estrutura de suas significações particulares*. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre “o todo da lei” e as “partes” representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados (REALE, 2002, p. 206).

No mesmo sentido, Reale não descarta a técnica gramatical ou lógico-sistemática de interpretação, mas também não concorda que devam ser aplicadas isoladamente ou antes de qualquer critério, o que importa para Reale é que cada uma dessas técnicas seja vista como um momento do processo interpretativo que necessariamente é uno e concreto. Destarte, o doutrinador ressalta a importância da compreensão finalística ou interpretação teleológica do Direito, mas acrescenta novo significado ao “*fim*”, antes visto como uma forma de interesse, na teoria do doutrinador é o “sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação” (REALE, 2002, p. 217).

A finalidade de qualquer lei é sempre um valor, cuja preservação o legislador visa a garantir por meio de sanções, assim como também pode ser objetivo da lei impedir um desvalor, que só pode ser explicado por um processo compreensivo que se realiza pelo confronto das partes com o todo e vice-versa. Diante disso, Reale (2002) apresenta três pontos essenciais de sua hermenêutica estrutural, quais sejam:

- a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na *consistência axiológica (valorativa)* do Direito;
 - b) toda interpretação jurídica dá-se numa *estrutura de significações*, e não de forma isolada;
 - c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.
- (REALE, 2002, p. 207)

O doutrinador em questão também afirma que o Direito não é mera recomendação, mas sim uma prescrição ou imperativo que deve ser obedecido, ou seja, aplicado. Mas para ser aplicado, o Direito deve ser interpretado, mesmo quando o texto da lei é claro, só existe clareza decorrente do processo hermenêutico, pois só aplica bem o Direito aquele que o interpreta bem (REALE, 2002).

Tomando como base a hermenêutica estrutural de Miguel Reale, qual é a finalidade social do artigo 217-A do Código Penal? Em outras palavras, qual o valor determinante que a Lei nº 12.015/2009 objetiva proteger? Qual o sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da criação da Lei nº 12.015/2009? De que forma o artigo 217-A do Código Penal deve ser interpretado e aplicado?

A pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e normativa realizada até aqui permite afirmar que o objetivo do artigo 217-A é dar maior proteção às crianças e adolescentes. Ora, já se falou que a Lei nº 12.015/2009 foi criada por causa dos resultados preocupantes de uma CPMI contra violência e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. A exposição de motivos do projeto que desembocou na Lei nº 12.015/2009 diz claramente que a redação do artigo 217-A do CP/40 foi pensada como escape à relativização da presunção de violência que ganhava corpo entre os juristas.

Destarte, interpretando o art. 217-A no contexto da finalidade social, estrutura de significações e consistência axiológica da Lei nº 12.015/2009 que o inseriu art. 217-A no CP/40, não é possível relativizar o tipo penal por mera conveniência ou arbítrio do juiz. Ademais, quando o art. 121 do Código Penal estabelece “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”, o tipo penal não está presumindo absolutamente nada, mas apenas estabelecendo um dever geral de abstenção de conduta, no caso, matar pessoas.

Pelo mesmo motivo, não é possível dizer que o art. 217-A ofende princípios como o *favor rei* ou a presunção de inocência. Ora, assim como o art. 121 do CP/40 não presume nada, o art. 217-A do CP/40 também não, apenas estabelece um dever geral de abstenção de conduta, repita-se: alguém penalmente imputável não pode ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, sob pena de reclusão de 6 a 20 anos, pois o direito não é uma recomendação que o indivíduo decide se obedecerá ou não, mas sim um imperativo que deve ser aplicado. Uma pessoa pode até escolher fazer o que a lei proíbe, mas sofrerá as consequências estabelecidas na legislação.

No mesmo sentido, não é possível o suprimento judicial de idade para meninas menores de 14 anos de idade e grávidas, pois se o crime de estupro de vulnerável não pode ser relativizado, não é possível permitir o matrimônio entre autor e vítima, sob pena ou de incorrer em extinção da punibilidade não mais prevista em lei ou permitir o casamento e, ao mesmo tempo, condenar o pai da criança nas penas do art. 217-A do Código Penal, interpretação absolutamente incongruente que não cabe no ordenamento jurídico na perspectiva de sistema.

Nesse ponto, vale atentar às lições de Suely Souza de Almeida (1998), ela explica que a ideologia na qual a sociedade está dividida entre domínios públicos e privados é um dos problemas conceituais importantes no reconhecimento da igualdade entre homem e mulher, pois o debate sobre direitos humanos está na esfera considerada pública.

Assim, defende a inexistência de esfera privada no singular, mas sim de uma “multiplicidade de esferas hierarquizadas no âmbito do mundo privado” (ALMEIDA, 1998, p. 96), pois as categorias público e privado não são estruturalmente dicotômicas, uma vez que construídas ideologicamente para fundamentar a manutenção das relações sociais hegemônicas bastante hierarquizadas no gênero. A autora salienta ainda que almejar a atuação do Estado em determinadas relações consideradas privadas não significa recusar a vida privada e escolher o intervencionismo ilimitado, mas sim implementar políticas específicas e definir quais os aspectos privados que devem ser protegidos da atuação do poder público:

Está-se diante de um problema extremamente complexo, à medida que, ao se reivindicar a intervenção do Estado em determinados problemas, não se trata da recusa da vida privada, e da opção pelo intervencionismo estatal ilimitado. É importante, antes, retematizar o que é matéria de intervenção pública, através da implantação de políticas específicas, e definir quais as dimensões da vida privada a serem preservadas do alcance do poder público, como condição para o exercício de se redimensionar o conceito de privacidade, como terreno favorecedor do exercício da autonomia e da liberdade de escolha. Este é, portanto, um campo de embates de diferentes visões de mundo e distintas forças em disputa na sociedade. (ALMEIDA, 1998, p. 95)

A doutrinadora também ensina que crimes conjugais ou relativos à violência doméstica não são observados como ameaças a ordem pública, mas sim à família. Nesse contexto, prevalece a concepção rousseaniana de sociedade, na qual o bom cidadão é aquele que desempenha seu papel no âmbito familiar, destarte, não se pode condenar João ou Pedro que reatou com a esposa, pois a família estava preservada, independentemente da dose de violência em seu seio, pois se trata de uma questão privada (ALMEIDA, 1998).

Nessa perspectiva, não se defende neste trabalho monográfico que o Estado deve se intrometer ilimitadamente nos anseios individuais, mas que no presente caso, o consentimento da menina não deve ser o principal fator para autorizar o casamento. Primeiro, porque o Código Penal proíbe conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos; segundo, porque o matrimônio nesse caso não é positivo para a vida de uma menina, pois, tal como se demonstrou no primeiro capítulo, a consequência da relação conjugal nessa faixa etária é expor a menina a limitação de sua educação, mobilidade e convívio social, violência do parceiro íntimo, especialmente estupros maritais e provável perpetuação de um ciclo de pobreza. Nem se fale dos riscos relacionados à gravidez, tais como o acentuado risco de morte tanto da menina-mãe quanto do feto (TAYLOR et al., 2015).

O argumento do consentimento livre e esclarecido, bem como da proteção à família não deve ser utilizado como instrumento para retirar direitos das meninas. É sabido que meninas são sexualizadas desde cedo, incentivadas a se comportar como adultas, idealizam a maternidade e o matrimônio (SEIXAS, 2000), tais aspectos sociais, decorrentes do patriarcado não devem ser usados como subterfúgio para aplicar um “*domínio aberto de jogos flexíveis*, cujos limites são dados pela necessidade de preservação de um campo de forças hegemônico” (ALMEIDA, 1998, p. 124, grifo no original).

A partir deste ponto, passar-se-á ao enfrentamento do tema segundo a perspectiva de Ronald Dworkin. Antes, abordar-se-á alguns dos conceitos do autor, para melhor compreensão da proposta. O doutrinador foi um severo crítico da discricionariedade – no sentido de arbitrariedade - do magistrado, pois nela, o juiz cria um novo direito e aplica retroativamente ao caso, técnica inaceitável aos olhos de Dworkin, pois mesmo nos casos difíceis é possível encontrar apenas uma solução certa, mas para isso, o magistrado jamais deverá inventar novos direitos para aplicá-los retroativamente. O jurista observa desde logo que a teoria proposta por ele não pretende encontrar um processo mecânico para demonstrar os direitos das partes (DWORKIN, 2002).

Nesse diapasão, a “resposta correta” não se relaciona com apenas uma interpretação que resolva ao caso, mas sim com a procura da melhor interpretação ao caso concreto, na

perspectiva da integridade do Direito como um “processo de compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a essa história, corrigindo eventuais falhas, em vez de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional” (PEDRON, 2009, p.106).

Para explicar sua teoria, Dworkin diferencia princípios de regras, afirma que estas não possuem maior ou menor importância de acordo com o caso concreto, pois havendo antinomia, ela deve ser resolvida conforme os critérios já apresentados nesta monografia, quais sejam, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Já no caso de conflito entre princípios, ele não pode ser resolvido a partir dos mesmos critérios das regras, pois sua dimensão de importância é relativa ao caso concreto, parte integrante de seu conceito (PEDRON, 2009).

Dessa forma, existindo conflitos entre princípios, o magistrado deverá ponderar – não no sentido de sopesar, colocar na balança como sugere Robert Alexy - mas sim no exercício de reflexão sobre qual seria o mais adequado ao caso concreto, pois o conflito entre regras está no plano da validade e o entre princípios no da adequabilidade (PEDRON, 2009). A fim de exemplificar a aplicação do direito na perspectiva de integridade, Dworkin (2007) cria um juiz imaginário, chamado Hércules, possuidor de capacidade e paciência sobre-humanas que vê o direito como integridade, esta, por sua vez, “consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas” (DWORKIN, 2007, p. 287).

Para chegar à resposta certa, Hércules faz uma análise pormenorizada dos precedentes, da legislação e dos princípios aplicados ao problema. Ocorre que, em sua pesquisa, Hércules percebe juízes que não foram tão cuidadosos ao proferir sentenças, logo, a história institucional apresentará alguns erros, motivo pelo qual Hércules desenvolve um tipo de cláusula de exceção: a teoria dos erros institucionais, que, por sua vez, é dividida em duas partes (PEDRON, 2009). A primeira mostra as consequências de um erro institucional; a segunda limita o número de erros, da seguinte forma:

Essa primeira parte tem por base duas distinções: (1) de um lado, tem-se a autoridade de qualquer evento institucional – capacidade de produzir as consequências que se propõe – e, do outro, a força gravitacional do evento. A classificação de um evento como um erro dá-se apenas questionando sua força gravitacional e inutilizando-a – sem, com isso, comprometer sua autoridade específica; e (2) a outra distinção é entre **erros enraizados** – os quais não perdem sua autoridade específica, não obstante não detenham mais sua força gravitacional – e **erros passíveis de correção** – cuja autoridade específica é acessória à força gravitacional. Assim, sua classificação garantirá autoridade às leis, mas não a sua força gravitacional (DWORKIN, 2002, p. 189-190). (PEDRON, 2009, p. 104, grifo nosso)

Dworkin também usa outra metáfora para a explicação do direito como integridade, a do romance em cadeias e a ideia de comunidade de princípios. No tocante ao romance em cadeias, o autor propõe a comparação do Direito com um grupo de romancistas que escrevem determinado texto em conjunto, cada um deles é responsável por um capítulo, de modo que cada um deve interpretar o capítulo escrito pelo romancista anterior para escrever seu capítulo a partir dele, e assim sucessivamente. Desse modo também deve ser o Direito, os magistrados devem analisar o que os juízes anteriores decidiram em relação ao caso e realizar seu processo hermenêutico a partir de tais precedentes, sem criar um novo direito (PEDRON, 2009).

No sentido da comunidade de princípios, ela é condição para as metáforas anteriormente descritas, pois pressupõe que os indivíduos de determinada sociedade são governados por princípios comuns e não somente por regras de um acordo político, assim, os direitos e deveres dessa comunidade são dependentes de um sistema de princípios que as decisões tomadas no passado endossam (PEDRON, 2009). Nas palavras de Dworkin:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2007, p. 291)

Reformule-se, pois, o problema. Na perspectiva do direito como integridade, o crime de estupro de vulnerável pode ser relativizado para excluir a tipicidade em decorrência do consentimento da menor? A partir da resposta desse primeiro questionamento, pergunta-se, ainda: é possível que haja suprimento judicial de idade no caso de gravidez de menina menor de 14 anos? Noutras palavras, existe conflito entre o princípio da autonomia de vontade e do melhor interesse da criança?

Para responder à primeira pergunta, deve-se retornar ao debate iniciado no capítulo anterior. Nele, explicamos que antes da inclusão do artigo 217-A no CP/40, havia um questionamento acerca da natureza da presunção de violência, se absoluta ou relativa. Depois da modificação na lei penal, boa parte da doutrina e jurisprudência passou a considerar que não cabia mais espaço para a relativização, pois a ação antes chamada de presunção de violência passou a ser parte constitutiva do próprio tipo penal do crime de estupro de vulnerável, este é o posicionamento do STJ. Mesmo quando o artigo 224 do CP/40 (presunção de violência) encontrava-se em vigência, a jurisprudência já entendia que tal preceito não cabia relativizações, especialmente os Tribunais Superiores, tanto que o STJ assim reconhece:

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência²⁴ e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade. (STJ, REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015, Inteiro teor, p. 24)

No mesmo sentido, acerca da presunção absoluta de violência, o STF entende:

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. **PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO.** ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que **a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto.** Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08). 2. Ordem denegada. (STF, HC 97052, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-176 DIVULG 13-09-2011 PUBLIC 14-09-2011 EMENT VOL-02586-01 PP-00012)

Após a inclusão do artigo 217-A no Código Penal, o STJ firmou jurisprudência no sentido de que não há presunção de violência ou vulnerabilidade, explica que a expressão “vulnerável” compõe o nome do crime, mas a vulnerabilidade não integra o preceito primário do tipo penal. Ademais, o STJ disserta sobre a modernidade, a evolução dos costumes e maior acesso à informação serem aliados da proteção à criança e ao adolescente, portanto, não devem ser utilizados como subterfúgios para autorizar o descumprimento da lei. Veja-se:

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso

²⁴ Aqui se acredita tratar de mero erro material, pois a expressão mais adequada ao contexto é “presunção de violência”.

deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. **A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes**, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta. (STF, REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015, inteiro teor, p. 30, grifos no original)

Além disso, já apresentamos o teor do enunciado n° 593 da súmula do STJ, pelo qual o estupro de vulnerável se caracteriza com a conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou relacionamento amoroso entre agente e vítima. Destarte, observando o direito como integridade, o magistrado não pode fugir da interpretação dada pela jurisprudência citada, tampouco da redação da lei, bem como o histórico de sua criação, para agir com arbitrariedade conforme seus próprios ideais e conveniência.

Observe que o STJ não desconsidera a existência de eventual consentimento da vítima, entretanto, afirma que tal consentimento não é juridicamente relevante, pois a proteção dada pela Constituição da República, o ECA, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil sobre os direitos das crianças não permite que se diminuam direitos em prol de uma autonomia de vontade de quem sequer está pronto para exercê-la.

Da mesma forma, não se pode autorizar o casamento de menina com 13 anos ou menos, pois o princípio da autonomia privada, no conceito de Reale (2002, p. 135), “o poder que tem cada homem de ser, de agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse” não é suficiente para mitigar o princípio do melhor interesse da criança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que, a despeito da pouca visibilidade do tema neste país, o casamento infantil é um problema grave que existe no Brasil e no Maranhão, diferentemente do que o senso comum propaga, não é um instrumento do livre exercício da sexualidade feminina, pelo contrário, é utilizado como subterfúgio para limitar as escolhas sexuais das meninas, suas redes de relacionamento e mobilidade social, expô-las à violência do parceiro íntimo, especialmente estupros maritais e diversos problemas relacionados a gravidez precoce.

O crime de estupro de vulnerável deve ser aplicado na sua objetividade fática, seja pela finalidade social que exerce, pois a consequência da relativização desse tipo penal é a retirada de direitos das crianças, seja porque a ação de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra menor de 14 anos foi inserida no preceito primário tipo penal, como dever geral de abstenção de conduta, sem abrir margem para presunções. Aliás, este é o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência colacionada, especialmente do STJ e STF.

A dicotomização da esfera pública e da esfera privada existe como propósito de fundamentar a manutenção das relações sociais hegemônicas bastante hierarquizadas no gênero, o privado não é estruturalmente contrário ao público, pois a esfera social contribui e influencia os relacionamentos particulares, portanto, o consentimento da menina para prática de ato sexual não deve ser observado por meio de uma visão simplista e reducionista da realidade que envolve a tomada de escolhas, se é que podemos assim denominar os processos decisórios de quem talvez não teve outra opção.

Geralmente a vida real não está associada a relações românticas limítrofes utilizadas como escape para não enxergar a violência no “consentimento” de uma criança de 13 anos que permitiu o ato sexual em troca de um amortecedor de bicicleta, ou da menina com 8 anos de idade que começou a “paquerar” um homem de 22 - pois ouviu sua mãe dizer que ele lhe daria uma “boa vida” - e aos 11 anos de idade iniciou relações sexuais com ele, como nos casos analisados pelo STJ e STF, mencionados no desenvolvimento deste estudo. O consentimento, em tais fatos, além de não ser penalmente relevante, é socialmente questionável, pois não raro, meninas são induzidas e incentivadas a iniciar comportamento sexual precocemente e acreditar que isso é positivo.

Destarte, o enunciado da súmula 593 no STJ, no qual é irrelevante o consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou relacionamento afetivo entre autor e vítima para

caracterização do crime de estupro de vulnerável, não poderia ser mais correto. Assim como o STJ, acredita-se que a evolução social dos costumes, a modernidade e o acesso à informação não devem ser utilizados como subterfúgios para desrespeitar a legislação nacional e convencional de proteção à criança e ao adolescente, principalmente os princípios do melhor interesse, da absoluta prioridade e da proteção integral.

Assim, considerando que o artigo 217-A do Código Penal não pode ser relativizado, utilizou-se a técnica de resolução de antinomia de Norberto Bobbio, especialmente o critério cronológico, pelo qual norma posterior prevalece sobre norma anterior. Destarte, sabendo que o artigo 217-A do CP/40 é mais recente que a redação do artigo 1.520 do CC/02, aquele prevalece sobre este e a consequência é a impossibilidade do suprimento judicial de idade em razão da gravidez de menina com menos de 14 anos.

Chega-se a essa mesma conclusão utilizando-se da perspectiva do direito como integridade de Dworkin, pois a hermenêutica utilizada corretamente possibilita apenas uma decisão correta no caso concreto, a compreensão do direito como fato, valor e norma e do ordenamento jurídico como um sistema coerente de normas que não aceita antinomias.

Destarte, o presente trabalho visa a contribuir acerca do ocultado debate social sobre o casamento infantil, tendo em vista os poucos materiais escritos no Brasil a respeito do tema, bem como alertar e auxiliar profissionais da área do direito que podem se deparar com a aparente antinomia entre a autorização para casamento por meio do suprimento judicial de idade de meninas menores de 14 anos e o crime de estupro de vulnerável, por meio da pesquisa doutrinária, jurisprudencial e do exercício hermenêutico realizado.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Elizabeth Sousa. **Eva futura**: a questão da “nova mulher” nos discursos das primeiras décadas republicanas (1890-1920). In: ABRANTES, Elizabeth Sousa (org.). *Mulher e República no Maranhão*. São Luís: Eduema, 2015. p. 13- 31.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 588 p.
- ALMEIDA, Suely Souza de. **Femicídio**: algemas (in)visíveis do público-privado. Rio de Janeiro: Revinter, 1998. 176 p.
- ARAÚJO, Emanuel. **A arte da sedução**: sexualidade feminina na Colônia. In: PRIORE, Mary Del (org.). *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 45-77.
- ARAUJO, Maria de Fátima. Amor, casamento e sexualidade: velhas e novas configura. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 70-77, junho de 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932002000200009&lng=pt_BR&nrm=iso>. acesso em 23 de outubro de 2017.
- ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013. 255 p.
- BARBOSA, Juliana Carneiro. **A deusa do lar**: o ideal feminino em São Luís Republicana (1930-1950). In: ABRANTES, Elizabeth Sousa (org.). *Mulher e República no Maranhão*. São Luís: Eduema, 2015. p. 159 – 190.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1624 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. 184 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Baurú: EDIPRO, 2001. 192 p.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009 - Exposição de Motivos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. In: BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2015. 103 p. (Coleção Constituições Brasileiras; v. 2)
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. In: POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2015. 162 p. (Coleção Constituições Brasileiras; v. 3)

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. In: PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2015. 120 p. (Coleção Constituições Brasileiras; v. 4)

BRASIL. Constituição (1846). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2015. 121 p. (Coleção Constituições Brasileiras; v. 5)

BRASIL. Constituição (1967). Constituição do Brasil. In: BALEEIRO, Aliomar; BRITO, Luiz Navarro de; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2015. 206 p. (Coleção Constituições Brasileiras; v. 6)

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1480881/PI**. Recurso Representativo da Controvérsia. Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Piauí. Recorrido: A R DE O. Advogada: Andréa Rebelo Fontenele. Interessado: Defensoria Pública Da União - "Amicus Curiae". Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, Julgado em 26/08/2015, Dje 10/09/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50489728&num_registro=201402075380&data=20150910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 05 de. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 124830**. Agravante: CADO. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/04/2017, processo eletrônico DJe-104 DIVULG 18-05-2017 public 19-05-2017. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124830%2ENUM E%2E+OU+124830%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9ec6ako>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 940701**. Agravante: O.G.O. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 08/03/2016. Processo Eletrônico DJE-067 Divulg 11-04-2016 Public 12-04-2016. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28940701%2ENUM E%2E+OU+940701%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hy4vtt s>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 109206**. Paciente: Anselmo Antonio Tieze. Impetrante: Evandro Muliterno de Quadros. Autoridade Coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, processo eletrônico DJe-217, divulgação 14-11-2011, publicação 16-11-2011. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1571631>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97052**. Paciente: José Hélio Alves. Impetrante: Davi Basilio Batista Ferreira. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-176 DIVULG 13-09-2011 PUBLIC 14-09-2011 EMENT VOL-02586-01 PP-00012. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627298>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Originário nº122945**. Paciente: Geonias Pereira de Jesus. Impetrante: Defensoria Pública da União. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, Processo Eletrônico DJe-091 divulgação 03-05-2017, publicação 04-05-2017. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28122945%2ENUM E%2E+OU+122945%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzqw fhd>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: temas relevantes. Curitiba: Juruá Editora, 2010, 178 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial 3, dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. arts. 213 a 359-H. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CJF ENUNCIADOS. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>> Acesso em: 13 dez. 2017

COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José da. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1370 p.

COULANGES, Numa Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. Livro eletrônico.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). Volume único. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

D'INCAO, Maria Ângela. **Mulher e família burguesa**. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 223-240.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006. 330 p.

DIAS, Maria Berenice de. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 750 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 5: direito de família. 27 ed. São Paulo: saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 1 ed. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2014. 223 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 636 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. 1768 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume VI -Direito de Família. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Alessandra Orceli Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. 193 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 13 ed. Volume III. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. 1200 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Volume I. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. 848 p.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS): tolerância social à violência contra as mulheres**. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 319 p.

MACHADO, Costa (Org.). **Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7 ed. Baurueri: Manole, 2017. 658 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. **Manual de Direito Penal**. Parte especial. Arts. 121 a 234 do CP. Vol. 2. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 508 p.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OHCHR. United Nation Human Rights: Office of High Commissioner. **Convention on the Rights of the Child**. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

OLIVEIRA, Robert. **Maranhão é 2º estado com mais grávidas de até 17 anos**. Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/noticias/2017/10/maranhao-e-2o-estado-com-mais-gravidas-de-ate-17-anos/>> Acesso em: 28 out. 2017.

ONUBR. **Nova iniciativa da ONU vai proteger milhões de meninas do casamento infantil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/nova-iniciativa-da-onu-vai-protoger-milhoes-de-meninas-do-casamento-infantil/>> Acesso em 28 out. 2017.

ONU MULHERES BRASIL. **Banco Mundial lança relatório sobre casamento infantil**. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/banco-mundial-lanca-relatorio-sobre-casamento-infantil/>>. Acesso em 28 out. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01-101.

- PEDRON, Flávio Quinaud. **Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin.** Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.
- PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado.** 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1088 p.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 878 p. V. 3: parte especial, arts. 184 a 288.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho.** São Paulo: Moderna, 1987. p. 120.
- SAKHONCHIK, Alena; RECAVARREN, Isabel Santagostino; TAVARES, Paula. **Fechando a Brecha:** Melhorando as Leis de Proteção à Mulher contra a Violência. Disponível em: < <http://wbl.worldbank.org/~media/WBG/WBL/Documents/Notes/Fechando-a-Brecha-WBL-Port.pdf?la=en> >. Acesso em 11 nov. 2017.
- SALES, Tatiane da Silva. **A nova Amélia:** mulher, educação e o contexto social da Primeira República em São Luís/MA. In: ABRANTES, Elizabeth Sousa (org.). Mulher e República no Maranhão. São Luís: Eduema, 2015. p. 65-91.
- SEIXAS, Tatiana Rocha. **A gravidez na adolescência:** o conflito de interesses e a proteção dos Direitos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 587-604.
- TAYLOR, Alice. et al. **Ela vai no meu barco:** Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de Pesquisa de Método Misto. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US. Setembro 2015.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 729 p. v. 5: direito de família.
- UNICEF BRASIL. **Convenção sobre os direitos da criança.** Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm >. Acesso em: 28 dez 2017.
- VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão.** São Paulo: Ática, 1986. 94 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.796 p.

Anexo A – OFÍCIO Nº 05/2017 CODT/CCSo

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Fundação Instituída nos termos da Lei nº 5.152, de 21/10/1966 – São Luís - Maranhão

Coordenadoria do Curso de Direito

CORREGEDORIA GERAL
DE JUSTIÇA
RECEBIMENTO **CCSo**
EM: 07/11/2017



Ofício nº 05/2017-CODT/CCSo

RECEBIMENTO
DE JUSTIÇA
CORREGEDORIA GERAL

São Luís – Maranhão, 07 de novembro de 2017.

Prezados Senhores,

Em razão da pesquisa acadêmica desenvolvida por **Tálicity Makerly Sousa de Oliveira**, aluna do 10º período do curso de direito desta Universidade (matrícula 2013045611), que elabora monografia com o seguinte tema: “Casamento infantil: uma análise do suprimento judicial de idade para casamento em razão de gravidez e o estupro de vulnerável”, com fundamento nos artigos 5º, incisos XIV e XXXIII e art. 37, *caput*, da Constituição da República, solicitamos as seguintes informações:

- Quantos e quais processos de suprimento judicial de idade para casamento em razão de gravidez tramitaram no Termo Judiciário **sede da Comarca da Ilha de São Luís**, na primeira instância, nos últimos 2 anos;
- Quantos e quais processos de suprimento judicial de idade para casamento em razão de gravidez foram deferidos e indeferidos no Termo Judiciário **sede da Comarca da Ilha de São Luís**, bem como os processos extintos sem julgamento de mérito, na primeira instância, nos últimos 2 anos.

Aproveita-se o ensejo para solicitar o acesso da discente aos autos dos processos relacionados à pesquisa.

Fraternalmente.

Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho
Coordenador do Curso de Direito

Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho
Coordenador do Curso de Direito - UFMA
Matrícula STAPE 0407240

À Sua Senhoria, a Senhora,
Excelentíssima Desembargadora Corregedora-Geral da Justiça do Maranhão
Nesta

Contatos para retorno:

Coordenação do Curso de Direito: 3272-8417

Tálicity Makerly, telefone (98) 9 8239-1536, e-mail: talitymakerly@hotmail.com .

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

OLIVEIRA, Tálity Makerly Sousa de.

Casamento Infantil : uma análise do suprimimento judicial de idade para casamento em razão de gravidez e o estupro de vulnerável / Tálity Makerly Sousa de OLIVEIRA. - 2017. 81 f.

Coorientador(a): Tálity Makerly de Oliveira.

Orientador(a): Cássius Guimarães CHAI.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Antinomia. 2. Casamento Infantil. 3. Estupro de Vulnerável. 4. Hermenêutica. 5. Suprimimento Judicial. I. CHAI, Cássius Guimarães. II. de Oliveira, Tálity Makerly. III. Título.